

**„Die Republifizierung im Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit  
zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben –  
Ein Plädoyer für die Anstalt des öffentlichen Rechts“**

Dissertation zur Erlangung  
des akademischen Grades  
doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Friedrich-Schiller-Universität

von Tracy Schüler  
geboren am 12.12.1989  
in Lutherstadt Wittenberg

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Prof. Dr. Walter Pauly, Friedrich-Schiller-Universität Jena
2. Gutachter (Koreferent): Prof. Dr. Michael Brenner, Friedrich-Schiller-Universität Jena
3. Prüfer: Prof. Dr. Christian Alexander, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Disputation: 25.10.2017

*Meinen Eltern und Philipp*

## Literaturverzeichnis

Altmeppen, Holger: Die Einflussrechte der Gemeindeorgane in einer kommunalen GmbH, NJW 2003, 2561 ff.

Appel, Clemens: Die Auswirkungen des demografischen Wandels in Brandenburg auf die öffentliche Verwaltung und staatliche Organisationen, LKV 2005, 377 ff.

Badura, Peter: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818 ff.

Baier, Matthias/ Müller, Rainer: Die Umwandlung von Regie- und Eigenbetrieben in ein Kommunalunternehmen aus kommunalrechtlicher, handelsrechtlicher und steuerlicher Sicht, BayVBl. 2011, 493 ff.

Bamberger, Heinz Georg/ Roth, Herbert (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41. Edition, Stand: 01.11.2016, München 2015 (*zit.: Autor*, in: BeckOK BGB: § x Rn. y)

Bangard, Annette/ Parulava, Marina: Methodik der Wasserpreiskontrolle durch das BKartA, EnZW 2012, 23 ff.

Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 20. Auflage, München 2013 (*zit.: Autor*, in: *Baumbach/Hueck: GmbHG*, § x Rn. y)

Bauer, Hartmut/ Büchner, Christiane/ Brosius-Gersdorf, Frauke (Hrsg.): Verwaltungskooperation – Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, KWI Schriften – 1, Potsdam 2008 (*Autor*, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. x)

Bauer, Hartmut/ Büchner, Christiane/ Hajasch, Lydia (Hrsg.): Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, KWI Schriften – 6, Potsdam 2012 (*zit.: Autor*, in: *Bauer/Büchner/Hajasch*: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. x)

Bauer, Hartmut/ Büchner, Christiane/ Gründel, Olaf (Hrsg.): Demografie im Wandel – Herausforderungen für die Kommune, KWI Schriften – 2, 2. Auflage, Potsdam 2009 (*zit.: Autor*, in: *Bauer/Büchner/Gründel*: Demografie im Wandel, S. x)

Bayer, Detlef: Körperschaft (des öffentlichen Rechts), LKV 1992, 372 f.

Becker, Joachim: Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben – Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts „Lippeverband und Emschergenossenschaft“ vom 5. Dezember 2002, DÖV 2004, 910 ff.

Berkemann, Jörg: Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften – Mit besonderer Berücksichtigung haushaltsrechtlicher Bestimmungen, Hamburg 1966

Berg, Wilfried: Die öffentlichrechtliche Anstalt, NJW 1985, 2294 ff.

*Ders.*: Diskussionsbeitrag zu „Die öffentlichrechtliche Anstalt“, VVDStRL 44 (1986), 248 ff.

*Ders.*: Die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – kommunale Selbstverwaltung und Wettbewerb, WiVerw 2000, 141 ff.

Berghäuser, Klaus/ Gelbe, Martina: Drittschutz der verschärften Subsidiaritätsklauseln in den Gemeindeordnungen der deutschen Flächenstaaten – eine vergleichende Betrachtung, KommJur 2012, 47 ff.

Bethge, Herbert: Parlamentsvorbehalt und Rechtssatzvorbehalt für die Kommunalverwaltung, NVwZ 1983, 577 ff.

Bettermann, Karl August/ Nipperdey, Hans Carl: Die Grundrechte – Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band IV/2, Berlin 1962 (*zit.: Autor*, in: *Bettermann/Nipperdey*: Grundrechte, Band IV/2, S. X)

Bettermann, Karl August: Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand – Beiträge zu Art. 12 I, 15, 19 III GG, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch: dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag, Berlin 1968 (*zit.: Bettermann*, FS-E. E. Hirsch, S. x)

Bickenbach, Christian: Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2014

Blanke, Bernhard/ Nullmeier, Frank/ Reichard, Christoph/ Wewer, Götz (Hrsg.): Handbuch zur Verwaltungsreform, 4. Auflage, Wiesbaden 2011 (*zit.: Autor*, in: *Blanke/Nullmeier/Reichard/Wewer*: Handbuch zur Verwaltungsreform, S. x)

Bogumil, Jörg/ Holtkamp, Lars/ u.a. (Hrsg.): Perspektiven kommunaler Verwaltungsmodernisierung – Praxiskonsequenzen aus dem Neuen Steuerungsmodell, Berlin, 2007 (*zit.: Autor*, in: *Bogumil/Holtkamp*: Perspektiven kommunaler Verwaltungsmodernisierung, S. x)

Bohn, Ulf Jürgen: Die Anstalt des öffentlichen Rechts unter Berücksichtigung des Wandels der Anstalt durch die Beteiligung Dritter, Tübingen 2005

Böttcher, Lars/ Krömker, Michael: Abschied von der kommunalen AG in NZG 2001, 590 ff.

Bracht, Hannes: Der Anspruch von Rats- und Kreistagsmitgliedern auf Auskunft über die kommunale GmbH, AG und Sparkasse, NVwZ 2016, 108 ff.

Brandi, Tim Oliver: Die Europäische Aktiengesellschaft im deutschen und internationalen Konzernrecht, NZG 2003, 889 ff.

Braun, Christian: Tätigwerden von Stadtwerken außerhalb ihrer Gemeindegrenzen, SächsVBl. 1999, 25 ff.

Bremeier, Wolfram/ Brinckmann, Hans/ Killian: Public Governance kommunaler Unternehmen - Vorschläge zur politischen Steuerung ausgegliederter Aufgaben auf der Grundlage einer empirischen Erhebung, Düsseldorf 2006 (*zit.: Bremeier/Brinckmann/Kilian, Public Governance, S. x*)

Brenner, Michael: Die Neugestaltung gemeindlicher Einwirkungs- und Kontrollrechte auf privatrechtliche Unternehmen in Thüringen und die kommunale Selbstverwaltungsgarantie, LKV 2002, 7 ff.

Breuer, Rüdiger: Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaates?, VVDStRL 44 (1986), 211 ff.

Britz, Gabriele: Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, 380 ff.

Brohm, Winfried: Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, NJW 1994, 281 ff.

Brüning, Christoph: Die Benutzungsverhältnisse an kommunalen öffentlichen Einrichtungen unter Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen, LKV 2000, 54 ff.

*Ders.:* (Re-)Kommunalisierung von Aufgaben aus privater Hand – Maßstäbe und Grenzen, VerwArch 100 (2009), 453 ff.

*Ders.:* Risse im Rechtsrahmen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung; NVwZ 2015, 689 ff.

Bull, Hans Peter: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Funktional-, Struktur- und möglichen Kreisgebietsreform in Schleswig-Holstein – Gutachten im Auftrag der Staatskanzlei Schleswig-Holstein, August 2007, [www.staedteverband-sh.de/docs/gutachten\\_bull.pdf](http://www.staedteverband-sh.de/docs/gutachten_bull.pdf) (*zit.: Bull, Gutachten Funktional-, Struktur und möglichen Kreisgebietsreform, S. x*)

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.: Wettbewerbsbarometer: Gemeindewirtschaftsrecht – Eine vergleichende Analyse der Gemeindeordnungen – Die Vorschriften der 16 Bundesländer auf dem Prüfstand: Fairer Wettbewerb zwischen Staat und Privatwirtschaft?, abrufbar unter: [http://www.bdi.eu/download\\_content/KonjunkturStandortUndWettbewerb/Wettbewerbsbarometer\\_Gemeindewirtschaftsrecht.pdf](http://www.bdi.eu/download_content/KonjunkturStandortUndWettbewerb/Wettbewerbsbarometer_Gemeindewirtschaftsrecht.pdf) [zuletzt aufgerufen am 04.03.2017 um 21:53 Uhr.], (*zit.: Wettbewerbsbarometer: Gemeindewirtschaftsrecht des BDI, S. x*)

Bunjes, Johann: Umsatzsteuergesetz, 15. Auflage, München 2016 (*zit.: Autor, in: Bunjes: UStG, § x Rn. y*)

Burgi, Martin: Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, VerwArch 93, 255 ff.

*Ders.:* Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601 ff.

*Ders.*: Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, VVDStRL 62 (2003), 405 ff.

Burmeister, Joachim: Diskussionsbeitrag zu „Die öffentlichrechtliche Anstalt“, VVDStRL 44 (1986), 248 ff.

Böhret, Carl/ Konzendorf, Götz: Moderner Staat – Moderne Verwaltung – Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren und des Innenministeriums Baden-Württemberg, Meckenheim 2000, abrufbar unter: [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2000/Leitfaden\\_Gesetzesfolgenabschaetzung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/2000/Leitfaden_Gesetzesfolgenabschaetzung.pdf?__blob=publicationFile) [zuletzt abgerufen am 14.03.2016, 11:13 Uhr]

Büchner, Wolfgang: Die rechtliche Gestaltung kommunaler öffentlicher Unternehmen: Grenzen und Möglichkeiten der gemeindlichen Organisationshoheit unter besonderer Berücksichtigung der Arbeitnehmermitbestimmung am Beispiel der Verkehrs- und Versorgungseinrichtungen, Frankfurt a. M. (u.a.) 1982

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias: EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 4. Auflage, München 2011 (*zit.: Autor*, in: *Calliess/Ruffert*: EUV/AEUV, Art. x Rn. y)

Canaris, Claus-Wilhelm: Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377 ff.

Cronauge, Ulrich: Kommunale Unternehmen – Eigenbetriebe – Kapitalgesellschaften – Zweckverbände, 3. Auflage, Berlin 1997

Danner, Wolfgang/ Theobald, Christian (Hrsg.): Energierecht – Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Regelungen, Kommentar, München 2015 (*zit.: Autor*, in: *Danner/Theobald*: Energierecht, *Ordnungsnummer*, x. EL, Rn. y)

Diederichs, Claus Jürgen: Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen bei PPP-Projekten, NZBau 2009, 547 ff.

Di Fabio, Udo: Privatisierung und Staatsvorbehalt – Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, 585 ff.

Dreher, Meinrad: Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht - Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater, NZBau 2002, 245 ff.

Dzida, Boris: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 25. 1. 2011 – 1 BvR 1741/09, NJW 2011, 1427 ff.

Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984 (*zit.: Ehlers*, Verwaltung, S. x)

*Ders.*: Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, 897 ff.

*Ders.*: Die Grenzen der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen, JZ 1987, 218 ff.

*Ders.*: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, 1089 ff.

Ehlers, Dirk/ Fehling, Michael/ Pünder, Hermann: Besonderes Verwaltungsrecht – Band 3 – Kommunalrecht, Haushalts- und Abgabenrecht, Ordnungsrecht, Sozialrecht, Bildungsrecht, Recht des öffentlichen Dienstes, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2013 (*zit.*: *Autor*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*: Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 3, § x Rn. y)

Engellandt, Frank: Die Einflussnahme der Kommunen auf ihre Kapitalgesellschaften über das Anteilseignerorgan – Rechtliche, organisatorische und kompetenzielle Probleme ihrer Einwirkungspflicht, Heidelberg 1995

*Ders.*: Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Kommunalaufsicht und der Kommunalparlamente in Gesellschaftsverträgen kommunaler Unternehmen, DÖV 1996, 71 ff.

Engisch, Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Nachdruck der 2. Auflage von 1968, Heidelberg 1995

Epping, Volker/ Hillgruber, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 1.12.2016, Edition: 31, München (*zit.*: *Autor*, in: BeckOK GG, Art. x Rn. y)

Erbguth, Wilfried/ Stollmann, Frank: Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Rechtssubjekte? – Zu den Kriterien bei der Wahl der Rechtsform -, DÖV 1993, 798 ff.

Erle, Bernd/ Ralph, Becker: Der Gemeinderat als Gesellschafterversammlung der GmbH, NZG 1999, 58 ff,

Erlenkämper, Friedel: Entwicklungen im Kommunalrecht, NVwZ 1999, 1295 ff.

Felix, Dagmar: Einheit der Rechtsordnung – Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen, 1998

Fleiner, Fritz: Institutionen des Verwaltungsrechts, 2. Neudruck der 8. Auflage, Tübingen 1928

Fleischer, Holger/ Goette, Wulf (Hrsg.): Münchener Kommentar zum GmbHG, Band 1, 2. Auflage, München 2015 (*zit.*: *Autor*, in: MüKo GmbHG, § x Rn. y)

Franz, Thorsten: Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge - zugleich eine Untersuchung zu den Zwecken und Formen der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung, Tübingen 2005 (*zit.*: *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. x)

Franzius, Claudio: Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, JURA 2009, 677 ff.



Garbe-Emden, Joachim: Anpassungsbedarf bei Satzungen kommunaler Unternehmen in Brandenburg, LKV 2013, 97 ff.

Gernert, Wolfgang/ Konegen, Norbert/ Meyers, Reinhard (Hrsg.): Nachhaltige Kommunalpolitik – ein Anforderungsprofil, Münster (u.a.) 2010

Gersdorf, Hubertus: Der Staat als Telekommunikationsunternehmer, AfP 1998, 470 ff.

*Ders.*: Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip – Eine Studie zur verfassungsrechtlichen Legitimation der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Berlin 2000 (*zit.*: Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. x)

Goette, Wulf/ Habersack, Mathias (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 4, 4. Auflage, München 2016 (*zit.*: Autor, in: MüKo AktG: § x Rn. y)

Gosch, Dietmar: Körperschaftssteuergesetz – Kommentar, 3. Auflage, München 2015 (*zit.*: Autor, in: Gosch: KStG, § x Rn. y).

Grabbe, Jürgen: Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979

Grams, Hartmut A.: Pflichten von Mandatsträgern in Aufsichtsgremien kommunaler Privatunternehmen, LKV 1997, 397 ff.

von der Groeben, Hans/ Schwarze, Jürgen/ Hatje, Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 (*zit.*: Autor, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje: Europäisches Unionsrecht, Art. x Rn. y)

Groß, Thomas: Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999

Grunewald, Barbara: Einführung ins Konzernrecht, JA 1991, 11 ff.

*Dies.*: Gesellschaftsrecht, 7. Auflage, Tübingen 2008

Grziwotz, Herbert: Anmerkung zu VG Wiesbaden, Beteiligung einer Gemeinde an einer AG, MittBayNot 2010, 505 f.

Gundlach, Ulf: Die Haftung der Gemeinden für ihre Eigengesellschaften, LKV 2000, 58 ff.

*Ders.*: Das Genehmigungserfordernis für kreditähnliche Verträge der Gemeinde – zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich des § 100 V SachsAnhGO, LKV 2001, 203 ff.

*Ders.*: Die Außenvertretung der Gemeinde - unter besonderer Berücksichtigung des § 70 SachsAnhGO, LKV 2001, 385 ff.

*Ders./ Frenzel, Volkhard/ Schmidt, Nikolaus: Das kommunale Aufsichtsratsmitglied im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht, LKV 2001, 246 ff.*

Gurlit, Elke: Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2011, 249 ff.

Hange, Stefan: Anschluß- und Benutzungszwang aufgrund Ortssatzung, NVwZ 1989, 1078

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) – Mit Preisangabenverordnung – Kommentar, 4. Auflage, München 2016 (*zit.: Autor, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig: § x UWG Rn. y*)

Hauser, Dirk: Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen – Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, Stuttgart 2004

Heidel, Thomas: Zur Weisungsgebundenheit von Aufsichtsratsmitgliedern bei Beteiligung von Gebietskörperschaften und Alleinaktionären, NZG 2012, 48 ff.

Heimlich, Jörn: Zur Zulässigkeit der Werbung von Hoheitsträgern am Beispiel der öffentlichen Feuerwehr, NVwZ 2000, 746 ff.

Heintzen, Markus: Geltungserhaltende Reduktion unzulässiger Haftungsbeschränkungen?, NVwZ 1992, 857 ff.

Hellermann, Johannes: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung: zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Tübingen 2000 (*zit.: Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. x*)

Henssler, Martin/ Strohn, Lutz: Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, München 2014 (*Autor, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § x Gesetz Rn. y*)

Herdegen, Matthias: Die vom Bundesrat angestrebte Festschreibung der Privilegien öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute - Gefahr für die EG-Wettbewerbsordnung, WM 1997, 1130 ff.

Heuermann, Bernd/ Brandis, Peter (Hrsg.): Blümich – EstG – KStG – GewStG – Kommentar, 133. EL, München Juli 2016 (*zit.: Autor, in: Blümich: Steuerrechtskommentar, § x Gesetz Rn. y*)

Hobe, Stephan: Europarecht, 7. Auflage, München 2012 (*zit.: Hobe, Europarecht, § x Rn. y*)

Holz, Dogmar/Kürten, Nils/Grabolle, Sabine: Die Anstalt des öffentlichen Rechts als Organisations- und Kooperationsform, KommJur 2014, 281 ff.

*Ders./ Uechtritz, Michael/ Reck, Hans-Joachim (Hrsg.): Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Auflage, Köln 2012 (zit.: Autor, in: H/U/R: Handbuch Kommunale Unternehmen, § x Rn. y)*

Hölters, Wolfgang: Aktiengesetz – Kommentar, 2. Auflage, München 2014 (*zit.: Autor*, in: *Hölters: Aktiengesetz*, § *y* Rn. *y*)

Hösch, Ulrich: Wirtschaftliche Betätigung von gemeindlichen Unternehmen und von Privaten – ein Vergleich, *WiVerw* 2000, 159 ff.

Hüffer, Uwe/ Koch, Jens: Aktiengesetz, 12. Auflage, München 2016 (*zit.: Autor*, in: *Hüffer/Koch: § x Rn. y*)

Hüting, Ralf/ Koch, Bernd: Zur Zulässigkeit privatrechtlicher Entgelte im Rahmen der Abwasserbeseitigung, *LKV* 1999, 132 ff.

Ipsen, Hans Peter: Rechtsfragen zur „Ausgliederung“ des Werbefernsehens – Zugleich als Beitrag zu den „Grenzen öffentlicher Wirtschaftstätigkeit“, *NJW* 1963, 2102 ff.

Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (u.a.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bände I, III, V, VI, Heidelberg 2004 - 2008 (*zit.: Autor*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR, Bd. *x*, § *y* Rn. *z*)

Jarass, Hans D.: Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, *DÖV* 2002, 489 ff.

Johlen, Heribert/ Oerder, Michael (Hrsg.): Münchener Anwalts-Handbuch – Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München 2012 (*zit.: Autor*, in: *Johlen/Oerder: MAH Verwaltungsrecht*, § *x* Rn. *y*)

Jula, Rocco: Der GmbH-Gesellschafter: GmbH-Gründung – Rechte und Pflichten – Haftungsrisiken – Ausscheiden und Abfindung, 2. Auflage, Berlin (u.a.) 2004

Kallrath, Jürgen: Der Gesellschaftsvertrag der GmbH bei Beteiligung von Minderheitsgesellschaftern, *MittRhNotK* 1999, 325 ff.

Katz, Alfred: Verantwortlichkeiten und Grenzen bei „Privatisierung“ kommunaler Aufgaben, *NVwZ* 2010, 405 ff.

Kemmler, Iris: Die Anstaltslast, Berlin 2001

*Dies.*: Keine Anstalt ohne Anstaltslast – Zur Abschaffung der Anstaltslast für Landesbanken und Sparkassen, *DVBl.* 2003, 100 ff.

Keßler, Jürgen: Die kommunale GmbH – Gesellschaftsrechtliche Grenzen politischer Instrumentalisierung, *GmbHHR* 2000, 71 ff.

Kiefner, Alexander/ Friebe, Jari: Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung durch den Vollmachtgeber trotz fortbestehender Bevollmächtigung eines Vertreters?, *NZG* 2011, 887 ff.

Kiethe, Kurt: Gesellschaftsrechtliche Spannungslagen bei Public Private Partnerships, *NZG* 2006, 45 ff.

Kirchhof, Gregor: Rechtsfolgen der Privatisierung – Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen, AöR 132 (2007), 215 ff.

Kirk, Wolfgang: Die öffentliche Verwaltung der Bundesrepublik Deutschland auf dem Weg zum Verwaltungsbetrieb, Band 1, Grundsätze, Chancen und Risiken des Veränderungsprozesses, Essen 2004

Kischel, Uwe: Die Begründung: Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2003

Kluth, Winfried: Funktionale Selbstverwaltung – verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997 (*zit.: Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. x*)

*Ders.:* Eingriff durch Konkurrenz – Zur grundrechtsdogmatischen Verortung kommunaler Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb, WiVerw 2000, 184

Knauff, Matthias: Anmerkung zu EuGH (Dritte Kammer), Urt. v. 29. 11. 2012 – C-182/11, C-183/11 -EuGH: Vergaberecht: „In-house“-Vergabe an Einrichtung nur bei gemeinsamer Kontrolle, EuZW 2013, 110 ff.

Koenig, Christian: Begründen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung unabhängig von ihrer Kodifizierung tragfähige Kreditmerkmale öffentlicher Finanzinstitute?, WM 1995, 821 ff.

Kraft, Ernst Thomas: Das Verwaltungsgesellschaftsrecht – Zur Verpflichtung kommunaler Körperschaften, auf ihre Privatrechtsgesellschaften einzuwirken, Frankfurt am Main/Bern 1982 (*zit.: Kraft, Verwaltungsgesellschaftsrecht, S. x*)

Krebs, Walter: Die öffentlichrechtliche Anstalt, NVwZ 1985, 609 ff.

Kronawitter, Martin: Besiegelt das „Gemeinsame Kommunalunternehmen“ das Ende der Zweckverbände?, KommJur 2008 Heft 11, 401 ff.

Kuhl, Thomas/ Wagner, Kersten: Das Insolvenzrisiko der Gläubiger kommunaler Eigengesellschaften – Eine Orientierung zum derzeitigen Meinungsstand, ZIP 1995, 433 ff.

Kulle, Bernward: Kooperation zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen (Public Private Partnership) - Erfahrungen aus unternehmerischer Sicht, ZfBR 2003, 129 ff.

Kunig, Philip: Das Rechtsstaatsprinzip – Überlegungen zu seiner Bedeutung für d. Verfassungsrecht d. Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986 (*zit.: Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, S. x*)

Kupjetz, Jörg/ Eftekharzadeh, Puja: PPP im Verkehrswesen – Entwicklung und Stand in Deutschland und Großbritannien, NZBau 2013, 142 ff.

Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Preisabgabenverordnung – Unterlassungsklagengesetz – Dienstleistungs-

Informationspflichten-Verordnung – Kommentar, 35. Auflage, München 2017 (*zit.: Autor*, in: *Köhler/Bornkamm*: § x UWG Rn. y)

Köttgen, Arnold: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL 6 (1929), 105 ff.

*Ders.*: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16 (1958), 154 ff.

Kühne, Rainer/ Czarnecki, Ralpf: Informationsansprüche gegenüber kommunalen Unternehmen, LKV 2005, 481 ff.

Landau, Herbert: Das Urteil des Zweiten Senats des BVerfG zu den Absprachen im Strafprozess vom 19. März 2013, NSTZ 2014, 425 ff.

Lange, Anna Lena: Die Beteiligung Privater an rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts – Public-Private-Partnership durch „Holding-Modelle“, Berlin 2007

Lange, Klaus: Die öffentlichrechtliche Anstalt, VVDStRL 44 (1986), 169 ff.

*Ders.*: Öffentlicher Zweck, öffentliches Interesse und Daseinsvorsorge als Schlüsselbegriffe des kommunalen Wirtschaftsrechts, NVwZ 2014, 616 ff.

Laudenklos, Frank/ Pegatzky, Claus: US-Leasingfinanzierungen - innovative Finanzierungsformen oder zweifelhafte Geschäfte?, NVwZ 2002, 1299 ff.

Leibinger, Bodo/ Müller, Reinhard/ Wiesner, Herbert: Öffentliche Finanzwirtschaft – Ein Grundriss für die öffentliche Verwaltung von Bund und Ländern, 13. Auflage, Heidelberg 2014 (*zit.: Leibinger/Müller/Wiesner*: Öffentliche Finanzwirtschaft, Rn. x)

Leisner-Egensperger, Anna: Rekommunalisierung und Grundgesetz - Verfassungsrechtliche Kriterien, Grenzen und Konsequenzen, NVwZ 2013, 1110 ff.

*Dies.*: Die kommunale Anstalt des Öffentlichen Rechts nach §§ 76 a bis c ThürKO n.F., ThürVBl. 2014, 81 ff.

Lepper, Markus: Die Ausgliederung kommunaler Unternehmen in der notariellen Praxis, RNotZ 2006, 313 ff.

Loitz, Rüdiger: Die Prüfung von öffentlichen Unternehmen, Wiesbaden 1997

Loschelder, Michael/ Erdmann, Willi (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010 (*zit.: Autor*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann*: Wettbewerbsrecht, § x Rn. y)

Lutter, Marcus/ Grunewald, Barbara: Öffentliches Haushaltsrecht und privates Gesellschaftsrecht, WM 1984, 385 ff.

Löwer, Wolfgang: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 416 ff.

Mann, Thomas: Die historische Entwicklung der Rechtsformen für kommunale Unternehmen, VR 1996, 230 ff.

*Ders.*: Die “Kommunalunternehmen” - Rechtsformalternative im kommunalen Wirtschaftsrecht, NVwZ 1996, 557 ff.

*Ders.*: Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft – Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Tübingen 2002 (*zit.*: Mann, Öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. x)

*Ders.*: Steuernde Einflüsse der Kommunen in ihren Gesellschaften, VBl.BW 2010, 7 ff.

Mann, Thomas/ Püttner, Günter (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2: Kommunale Wirtschaft, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2011 (*zit.*: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § x Rn. y)

Maslaton, Martin: Rechtsfolgen kommunaler Patronatserklärungen, NVwZ 2000, 1351 ff.

Maunz, Theodor/ Dürig, Günter u.a. (Hrsg.): Grundgesetz – Kommentar, 78. Ergänzungslieferung, München 2016 (*zit.*: Autor, in: Maunz/Dürig: GG, Art. x, ggf. römische Zahl., ggf. Großbuchstabe., Rn. y)

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, Nachdruck der 3. Auflage von 1924, Berlin 1969

Meiski, Georg: Die Nichtöffentlichkeit der Aufsichtsratssitzung einer kommunalen GmbH und das Öffentlichkeitsprinzip der kommunalen Selbstverwaltung, NVwZ 2007, 1355 ff.

Meyer, Andreas: Besteuerung von Beistandsleistungen, KommJur 2012, 131 ff.

Meyer, Laurenz/ Scholl, Mechthild: Nr. 10 Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, in: Materialien für die Arbeit vor Ort der Konrad Adenauer Stiftung, abrufbar unter [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_3522-544-1-30.pdf?040615164132](http://www.kas.de/wf/doc/kas_3522-544-1-30.pdf?040615164132) [zuletzt abgerufen am 04.03.2017 um 10:59 Uhr], (*zit.*: Autor, Nr. 10 Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, in: Materialien für die Arbeit vor Ort der Konrad Adenauer Stiftung, S. x)

Michael, Lothar/ Morlok, Martin: Grundrechte, 1. Auflage, Baden-Baden 2008

Michalski, Lutz: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band 1, 2. Auflage, München 2010 (*zit.*: Autor, in: Michalski: GmbHG, § x Rn. y)

Moraing, Markus: Kommunales Wirtschaftsrecht vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Märkte, WiVerw 1998, 233 ff.

Musil, Andreas: Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, Tübingen 2005

von Mutius, Albert/ Groth, Andy: Amtshaftung bei fehlerhafter kommunalaufsichtsbehördlicher Genehmigung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte, NJW 2003, 1278 ff.

Müller, Welf/ Rödder, Thomas (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der AG – Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang, 2. Auflage, München 2009 (*zit.: Autor*, in: *Müller/Rödder*: Beck'sches Handbuch der AG, § x Rn. y)

Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Auflage, München 2016 (*zit.: Autor*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: § x Gesetz, Rn. y)

Neumann, André: Verzicht auf die erweiterte Prüfung und Berichterstattung nach § 53 I HGrG bei wirtschaftlichen Beteiligungen sächsischer Gemeinden, LKV 2000, 493 ff.

Neumann, Dirk/ Bleutge, Peter u.a. (Hrsg.): Landmann/Rohmer – Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften – Kommentar, 72. EL, München März 2016 (*zit.: Autor*, in: *Landmann/Rohmer*: Gewerbeordnung, § x Rn. y)

Ochmann, Daniela: Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten – Dargestellt am Holdingmodell zur Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe, Berlin 2005

Oebbecke, Janberd: Die Anstaltslast - Rechtspflicht oder politische Maxime?, DVBl. 1981, 960 ff.

*Ders.*: Demokratische Legitimation nicht-kommunaler Selbstverwaltung, VerwArch 81 (1990), 349 ff.

Oetker, Hartmut: Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB), 4. Auflage, München 2015 (*zit.: Autor*, in: *Oetker*: § x Rn. y)

Oldiges, Martin: Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, NVwZ 1987, 737 ff.

Opitz, Marc: Der Wirtschaftlichkeitsbegriff des Kartellvergaberechts, NZBau 2001, 12 ff.

Ossenbühl, Fritz: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 ff.

Otting, Olaf: Öffentlicher Zweck, Finanzhoheit und fairer Wettbewerb – Spielräume kommunaler Erwerbswirtschaft, DVBl. 1997, 1258 ff.

Papier, Hans-Jürgen: Recht der öffentlichen Sachen, 3. Auflage, Berlin u.a. 1998

Passadakakis, Alexis: Die Berliner Wasserbetriebe – Von Kommerzialisierung und Teilprivatisierung zu einem öffentlich-demokratischen Wasserunternehmen, Berlin/Brüssel 2006

Pauly, Walter/ Schüler, Yvonne: Der Aufsichtsrat kommunaler GmbHs zwischen Gemeindewirtschafts- und Gesellschaftsrecht – Zum gemeindlichen Weisungsrecht an

Aufsichtsratsmitglieder nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DÖV 2012, 339 ff.

Pawlowski, Hans-Martin: Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Auflage, Heidelberg 1999

Pegatzky, Claus: Oderwitz und die Folgen - Haftung der Kommunalaufsicht für begünstigende Maßnahmen, LKV 2003, 451 ff.

Peine, Franz-Joseph: Die Organisation der Sonderabfallentsorgung in Brandenburg, LKV 1996, 352 ff.

*Ders.*: Allgemeines Verwaltungsrecht – Mit ebook: Lehrbuch, Entscheidungen, Gesetzestexte, 11. Auflage, Heidelberg/München u.a. 2014 (*zit.*: *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § x Rn. y)

Pencereci, Turgut/ Brandt, Claudia: Die kommunale Anstalt, LKV 2008, 293 ff.

Pernice, Ingolf: Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht – Ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, Baden-Baden 1979

Pestalozza, Christian: „Formenmißbrauch“ des Staates – Zu Figur und Folgen des „Rechtsmißbrauchs“ und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten, München 1973

Peters, Hans (Hrsg.): Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2: Kommunale Verwaltung, Berlin/Göttingen u.a., 1957 (*zit.*: *Autor*, in: *Peters*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis 1957, Bd. 2, S. x)

Pielow, Johann-Christian/ Finger, Thorsten: Der Anschluss- und Benutzungszwang im Kommunalrecht, JURA 2007, 189 ff.

Pieroth, Bode/ Schlink, Bernhard: Grundrechte – Staatsrecht II, 27. Auflage, Heidelberg u.a. 2011

Pogoda, Johannes: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Subsidiaritätsklausel, LKV 2012, 159 ff.

Prinz, Ulrich/ Winkeljohann, Norbert (Hrsg.): Beck'sches Handbuch der GmbH – Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 14. Auflage, München 2014 (*zit.*: *Autor*, in: Beck'sches Hdb. d. GmbH, § x Rn. y)

Püttner, Günter: Die öffentlichen Unternehmen – Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Auflage, Stuttgart/ München u.a., 1985 (*zit.*: *Püttner*, Unternehmen, S. x)

*Ders.*: Privatisierung, LKV 1994, 193 ff.

Quaas, Michael: Aktuelle Rechtsfragen des Benutzungsgebührenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung kommunaler Infrastruktureinrichtungen, NVwZ 2002, 144 ff.



Raiser, Thomas: Konzernverflechtungen unter Einschluss öffentlicher Unternehmen, ZGR 1996, 458ff.

Raupach, Björn/ Stangenberg, Katrin: Doppik in der öffentlichen Verwaltung – Grundlagen, Verfahrensweisen, Einsatzgebiete, 2. Auflage Wiesbaden 2009 (*zit.: Raupach/Stangenberg: Doppik in der öffentlichen Verwaltung, S. x*)

Rautenberg, Thomas: Gemischte Gesellschaften und Gemeindewirtschaftsrecht Teil 1; KommJur 2007, 1 ff.

Reuter, Alexander: PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze, NVwZ 2005, 1246 ff.

Richardi, Reinhard/ Dörner, Hans-Jürgen/ Weber, Christoph: Personalvertretungsrecht – Bundespersonalvertretungsgesetz mit Erläuterungen zu den Personalvertretungsgesetzen der Länder, 4. Auflage, München 2012 (*zit.: Autor, in: Richardi/Dörner/Weber: Personalvertretungsgesetz, § x Gesetz Rn. y*)

Robertz, Franz-Joachim: Der Beirat als freiwilliges Organ der Gesellschaft, Mit-RhNotK 1991, 239 ff.

Roling, Sebastian: Die Entwertung der niedersächsischen Subsidiaritätsklausel, NVwZ 2009, 226 ff.

Roth, Frank: Sittenwidrigkeit von PPP-Verträgen?, NVwZ 2007, 301 ff.

Roth, Günther H./ Altmeyden, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 8. Auflage, München 2015 (*zit.: Autor, in: Roth/Altmeyden: GmbHG, § x Rn. y*)

Ruthig, Josef/ Storr, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2015

Römermann, Volker: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Auflage, München 2014 (*zit.: Autor, in: Römermann: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § x Rn. y*)

Saliger, Frank: Kick-Back, „PPP“, Verfall - Korruptionsbekämpfung im „Kölner Müllfall“, NJW 2006, 3377 ff.

Scharpf, Christian: Die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden zwischen Grundrechtsrelevanz und kommunalem Selbstverwaltungsrecht, GewArch 2005, 1 ff.

Schimansky, Herbert/ Bunte, Hermann-Josef/ Lwowski, Hans Jürgen (Hrsg.): Bankrechts-Handbuch, München 2011 (*zit.: Autor, in: Schimansky/Bunte/Lwowski: Bankrechts-Handbuch, § x Rn. y*)

Schink, Alexander: Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen, NVwZ 2002, 129 ff.

Schlacke, Sabine: Konkurrentenklagen gegen die Wirtschaftstätigkeit von Gemeinden, JA 2002, 48 ff.

Schmahl, Stefanie: Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, 47 ff.

Schmidt, Karsten (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, München 2012 (*zit.: Autor*, in: MüKo HGB: § x Rn. y)

Schmidt-Assmann, Eberhard: Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 118 (1991), 329 ff.

Schoch, Friedrich/ Schneider, Jens-Peter/ Bier, Wolfgang (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung, Band I – Kommentar, Stand: Juni 2016, 31. Ergänzungslieferung, München 2016 (*zit.: Autor*, in: Schoch/Schneider/Bier: VwGO, § x Rn. y)

Scholz, Frank/ Schuler, Andreas/ Schwintowski, Hans-Peter (Hrsg.): Risikomanagement der Öffentlichen Hand, Heidelberg 2009 (*zit.: Autor*, in: Scholz/Schuler/Schwintowski: Risikomanagement der Öffentlichen Hand, S. x)

Scholz, Rupert: Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, 14 ff.

Schröder, Holger: Die vergaberechtliche Stellung des Kommunalunternehmens als Anstalt des öffentlichen Rechts, NZBau 2003, 596 ff.

Schröder, Rainer: Outsourcing und Sponsoring der Verwaltung: Rechtsfragen einer Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand, LKV 2007, 207 ff.

Schulz, Norbert: Neue Entwicklungen im kommunalen Wirtschaftsrecht Bayern, BayVBl. 1996, 97 ff.

*Ders.*: Anmerkungen zur Tätigkeit gemeindlicher Unternehmen außerhalb des Gemeindegebiets, BayVBl. 1998, 449 ff.

Schweiger, Daniel: Malusregelungen in PPP-Verträgen, NZBau 2011, 137 ff.

Schwintowski, Hans-Peter: Verschwiegenheitspflicht für politisch legitimierte Mitglieder des Aufsichtsrats, NJW 1990, 1009 ff.

*Ders.*: Gesellschaftsrechtliche Bindungen für entsandte Aufsichtsratsmitglieder in öffentlichen Unternehmen, NJW 1995, 1316 ff.

Schünemann, Bernd: Spirale oder Spiegelei? – Vom hermeneutischen zum sprachanalytischen Modell der Rechtsanwendung, in: Festschrift für Winfried Hassemer, Hrsg. Neumann, Ulfrid/ Herzog, Felix, Heidelberg u.a. 2010, S. 239 ff.

Schützenmeister, Hans-Oskar: Rechtsformen und Rechtsstellung von kommunalen Unternehmen in der Gemeindeordnung, LKV 1991, 213 ff.

*Ders.*: Kommunalabgaben und Einnahmebeschaffungsgrundsätze der Kommunen in den neuen Bundesländern, LKV 1993, 114 ff.

Seer, Roman: Inhalt und Funktion des Begriffs "Betrieb gewerblicher Art" für die Besteuerung der öffentlichen Hand (Teil I), DStR 1992, 1751 ff.

Semler, Johannes/ Stengel, Arndt: Umwandlungsgesetz mit Spruchverfahrensgesetz, 3. Auflage, München 2012 (*zit.*: *Autor*, in: *Semler/Stengel*, § *x* Gesetz Rn. *y*)

Shirvani, Foroud: Rückenwind für kommunale Bürgerwindparks?; NVwZ 2014, 1185 ff.

Sieder, Frank/ Zeitler, Herbert: Wasserhaushaltsgesetz – Abwasserabgabengesetz – Kommentar, 48. EL, München 2015 (*zit.*: *Autor*, in: *Sieder/Zeitler*: WHG AbwAG, § *x* Rn. *y*)

Sodan, Helge: Rekommunalisierung des Berliner Stromnetzes? – Rechtsprobleme des Konzessionierungsverfahrens nach dem EnWG, LKV 2013, 433 ff.

Sonder, Nicolas: Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Wandel, LKV 2013, 202 ff.

*Ders.*: Europäisches Beihilfenrecht in der kommunalen Praxis – eine Einführung anhand von fünf Fällen, KommJur 2013, 121 ff.

Spindler, Gerald/ Stilz, Eberhard: Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, München 2015 (*zit.*: *Autor*, in: *Spindler/Stilz*: § *x* Rn. *y*)

Spindler, Gerald/ Kepper, Katrin: Funktionen, rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten des GmbH-Beirats (Teil II), DStR 2005, 1775 ff.

Steding, Rolf: Die gesellschaftslose GmbH - eine rechtlich zulässige Unternehmensvariante?, NZG 2003, 57 ff.

Stelkens, Paul/ Bonk, Heinz Joachim/ Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 8. Auflage, München 2014 (*zit.*: *Autor*, in: *S/B/S*: VwVfG, § *x* Rn. *y*)

Stenneken, Christian: Rechtswidrige Gebührenerhebung bei der Erbringung kommunaler Leistungen durch private Dritte, NVwZ 2004, 1454 ff.

Stern, Klaus: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung im Sparkassenrecht, in: Staat – Kirche – Verwaltung, in: Festschrift für Hartmut Maurer zum siebzigsten Geburtstag, Hrsg. Geis, Max-Emanuel, München 2001, 815 ff.

Stettner, Rupert: Die Stiftung des öffentlichen Rechts - Rechtsnatur, Zweckbestimmung, Nutzbarkeit für den öffentlich-rechtlichen Bundes- und Landesrundfunk, ZUM 2012 – 202

Stober, Rolf: Die privatrechtlich organisierte öffentliche Verwaltung - Zur Problematik privatrechtlicher Gesellschaften und Beteiligungen der öffentlichen Hand, NJW 1984, 449 ff.

*Ders.*: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht – Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts, 16. Auflage, Stuttgart 2008 (*zit.*: Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. x)

*Ders.*: Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, NVwZ 2002, 2357 ff.

Stober, Rolf/ Vogel, Hanspeter: Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand – Staat und Kommunen als Konkurrent der Privatwirtschaft, Köln u.a. 2000 (*zit.*: Autor, in: Stober/Vogel: Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. x)

Storr, Stefan: Der Staat als Unternehmer – Öffentliche Unternehmen in der Freiheits- und Gleichheitsdogmatik des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001 (*zit.*: Storr, Staat als Unternehmer, S. x).

Streinz, Rudolf: EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Kommentar, 2. Auflage, München 2012 (*zit.*: Autor, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. x Rn. y)

Sydow, Gernot/ Gebhardt, Georg: Auskunftsansprüche gegenüber kommunalen Unternehmen, NVwZ 2006, 986 ff.

Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Lumperg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage, München 2015 (*zit.*: Autor, in: MüKo BGB: § x Rn. x)

Tettinger, Peter J.: Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764 ff.

*Ders.*: Rechtsschutz gegen kommunale Wettbewerbsteilnahme, NJW 1998, 3473 f.

*Ders.*: Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, NWVBl. 2005, 1 ff.

Teuteberg: Daseinsvorsorge durch, nicht für kommunale Unternehmen?, LKV 2009, 150 ff.

Theobald, Christian: Kaufpreisbestimmung für örtliche Stromnetze, NJW 2000, 1389 ff.

Toebe, Marc/ Gaebel, Marco: Zum Stand der Umstellung des kommunalen Rechnungswesens von Kameralistik auf Doppik – Empirische Befunde aus dem Freistaat Sachsen, LKV 2014, 396 ff.

Trute, Hans-Heinrich: Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung: das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen 1994 (*zit.*: Trute, Forschung, S. x)

Wahl, Rainer: Diskussionsbeitrag zu „Die öffentlichrechtliche Anstalt“, VVDStRL 44 (1986), 248 ff.

*Ders.*: Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, 409 ff.

Waldmann, Knut: Das Kommunalunternehmen – Organisationsform für Baden-Württemberg, Stuttgart 2005

Weckerling-Wilhelm, Dorothee/ Mirtsching, Katharina: Weisungsrechte in kommunalen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, NZG 2011, 327 ff.

Wehnert, Anita: Aktuelle gesetzliche Änderungen für Unternehmen und Beteiligungen der Gemeinden in Sachsen, LKV 2014, 160 ff.

Wehrstedt, Stefan: Die Beteiligung von Gemeinden an Gesellschaften des Privatrechts in NRW, MittRhNotK 2000, 269 ff.

Weiß, Wolfgang: Öffentliche Unternehmen und EGV, EuR 2003, 165 ff.

Wicke, Hartmut: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, 3. Auflage, München 2016 (*zit.: Autor*, in: *Wicke*: GmbHG, § x Rn. y)

Wiesemann, Hermann: Auswirkungen von Privatisierungen auf kommunale Benutzungsgebühren, NVwZ 2005, 391 ff.

Wolfers, Benedikt/ Kaufmann, Marcel: Private als Anstaltsträger, DVBl. 2002, 507 ff.

Wolff, Hans. J. / Bachhof, Otto/ Stober, Rolf/ Kluth, Winfried: Verwaltungsrecht: Band II – Ein Studienbuch, 7. Auflage, München 2010 (*Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § x Rn. y)

Wolfrum, Volker: Strategisches Beteiligungscontrolling bei kommunalen Unternehmen - Der öffentliche Zweck als Richtschnur für ein zielgerichtetes kommunales Beteiligungscontrolling, Hamburg 2012

Wälzholz, Eckhard: Der Beirat im mittelständischen Unternehmen - Chancen, Grenzen und Probleme, DStR 2003, 511 ff.

Zieglmeier, Christian: Kommunale Aufsichtsratsmitglieder, LKV 2005, 338

*Ders.*: Das strikte Konnexitätsprinzip am Beispiel der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2008, 270 ff.

Ziemons, Hildegard/ Jaeger, Christian (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, Stand: 15.11.2015, 25. Edition, München 2015 (*zit.: Autor*, in: BeckOK GmbHG, § x Rn. y)

## Abkürzungsverzeichnis

AöR	- Anstalten des öffentlichen Rechts
Bay	- Bayern/Bayerisch/e/en
BRB	- Brandenburg
Brem	- Bremen
Beschl. v.	- Beschluss vom
Bsp.	- Beispiel(e)
Bspw.	- beispielsweise
BT	- Bundestag
BW	- Baden-Württemberg
Bzgl.	- bezüglich
Bzw.	- beziehungsweise
Ggf.	- gegebenenfalls
GKU	- Gemeinsames Kommunalunternehmen
Grds.	- grundsätzlich
GO	- Gemeindeordnung
i.d.F.	- in der Fassung
i.S.d.	- im Sinne des/der
i.V.m.	- in Verbindung mit
LSA	- (Land) Sachsen-Anhalt
LT-Drs.	- Landtagsdrucksache
M-V	- Mecklenburg-Vorpommern
NRW	- Nordrhein-Westfalen
Rh.-Pf. (auch RhPf)	- Rheinland-Pfalz
Th/Thür	- Thüringen/Thüringer
S.	- Seite
S/SL	- Saarland
SH	- Schleswig-Holstein
Sächs	- Sächsisch(e/r)
u.a.	- unter anderem
u. Ä.	- und Ähnliches
Urt. v.	- Urteil vom
v.	- vom
vgl.	- vergleiche

**Die Republizierung im Rahmen kommunaler Wirtschaftstätigkeit zur Wahrnehmung  
öffentlicher Aufgaben – Ein Plädoyer für die Anstalt des öffentlichen Rechts**

**Kapitel 1 – Einleitung, Gang und Gegenstand der Untersuchung**

A. Einleitung	1
B. Ziel, Gegenstand und Verlauf der Untersuchung	2
C. Die öffentlichen Aufgaben als zentrales Kriterium für die kommunale Wirtschaftstätigkeit	4

**Kapitel 2 - Die Anstalten des öffentlichen Rechts – Grundlagen**

A. Allgemeines	6
I. Der Begriff der Anstalten des öffentlichen Rechts	6
1. Otto Mayer	6
2. Versuche begrifflicher Konturierung	8
a. Abgrenzung	12
aa. Körperschaft des öffentlichen Rechts	12
bb. Stiftungen des öffentlichen Rechts	13
b. Zusammenfassung	14
II. Die Arten der Anstalten des öffentlichen Rechts	14
1. Rechtsfähigkeit	14
2. Trägerschaft	15
3. Art der wahrgenommenen Aufgabe	16
4. Sonstige Einteilung	16
5. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	16
III. Beispiele für kommunale Anstalten	17
1. Entsorgungswirtschaft des Landkreises Harz AöR (enwi)	17
2. Stadtwerke Leer AöR	19
3. Kommunale Betriebe Soest AöR	20
4. Beispiele für gemeinsame kommunale Anstalten	21

## Kapitel 3 - Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

A. Aktuelle Herausforderungen	22
B. Geschichtlicher Überblick	26
C. Kommunale Unternehmen als Bestandteil der Verwaltung	28
D. Grundgesetzliche Determinanten	29
I. Grundsätzliche (Un-)Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit?	30
II. Grundrechte	30
1. Grundrechtsberechtigung und –verpflichtung	31
2. Grundrechtstangierung	33
a. Erwerbs- und Berufsfreiheit, Art. 12 GG	33
aa. Schutzbereich und Eingriff	33
(1.) Kriterien für markt(non)konformes Verhalten	35
(2.) Grundrechtseingriff jenseits marktnonkonformen Verhaltens	37
(3.) Identifizierung des Grundrechtseingriffs	38
bb. Rechtfertigung	39
cc. Zusammenfassung	41
b. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG	41
c. Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG	43
d. Zwischenergebnis	44
III. Demokratieprinzip	45
1. Staatsgewalt	45
2. Zurechnung zum Staat	47
3. Rechtsfolge der Ausübung von Staatsgewalt	52
a. Personelle demokratische Legitimation	53
b. Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation	54
c. Institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation	55
4. Herstellung der Verantwortung gegenüber dem Volk: Einwirkung und Kontrolle	56
5. Zusammenfassung	58
IV. Rechtsstaatsprinzip	60
1. Vorrang des Gesetzes	60
2. Vorbehalt des Gesetzes	60



a. Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt	61
b. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt	62
c. Zusammenfassung	66
3. Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur	67
4. Verfolgung eines öffentlichen Zwecks als Gerechtigkeitspostulat	68
V. Sozialstaatsprinzip Art. 20 Abs. 1, 4 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG	69
VI. Selbstverwaltungsgarantie Art. 28 Abs. 2 GG	70
1. Allgemeine Grundsätze	70
2. Kommunalwirtschaftliches Handeln als Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie	72
3. Abschaffung der privatrechtlichen Organisationsform?	72
VII. Finanzhoheit und Grundsatz der finanziellen Eigenverantwortung Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG	73
VIII. Bundesstaatsprinzip	75
1. Gesetzgebungskompetenz	75
2. Ausführungszuständigkeit	76
IX. Finanzverfassungsrechtliche Direktive der vorrangigen Finanzierung aus Steuern?	77
X. Wirtschaftlichkeit	78
E. Landesverfassungsrechtliche Vorgaben	79
I. Wirtschaftlichkeit	80
II. Gemeinwohlbindung bei wirtschaftlicher Tätigkeit	81
III. Schutz von KMU	82
IV. Mit grundgesetzlichen Vorgaben kongruente Direktiven	82
F. Einfachgesetzliche Grundlagen	82
I. Gemeindeordnungen	83
1. Numerus clausus zulässiger Rechtsformen?	84
2. Geschichte der Kommunalordnungen	85
3. Voraussetzungen der Kommunalwirtschaft am Beispiel Thüringens	85
a. Der öffentliche Zweck	86
aa. Verbot rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung	86
bb. Gegenauffassung: Zulässigkeit reinen Gewinnstrebens	88

cc. Inhaltliche Konturierung des Begriffs des öffentlichen Zwecks	89
dd. Nebenbetriebe und Hilfsgeschäfte	91
ee. Permanente Verfolgung des öffentlichen Zwecks (Betätigungskontrolle)	92
b. Leistungsfähigkeit	93
c. Subsidiaritätsklausel	94
aa. Allgemeines	94
bb. Bedeutung für Wahl der Organisationsform	97
d. Eignung zur Erledigung außerhalb der allgemeinen Verwaltung	97
e. Örtlichkeitsprinzip	98
4. Haushaltswirtschaft	99
II. Einnahmebeschaffung nach den Gemeindeordnungen und Kommunalabgabengesetzen	100
III. Fachrecht	102
IV. Gesellschaftsrecht	103
1. Anwendung der Kollisionsregel des Art. 31 GG	104
2. Verfassungskonforme Auslegung?	106
3. Schaffung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts?	107
a. Kompetenz	107
b. Notwendigkeit legislativen Tätigwerdens	109
G. Völker- und unionsrechtliche Determinanten	110
I. Überblick über völkerrechtliche Bestimmungen	110
II. Recht der Europäischen Union	110
1. Überblick	110
2. Beihilfenrecht nach den Art. 107 f. AEUV	111
H. Freies Ermessen bei der Wahl der Organisationsform?	113
I. Allgemeine Grenzen der Wahlfreiheit	115
II. Verfassungsrechtliche Richtlinien für die Rechtskleidwahl	116
1. Wahrung der Ingerenzmöglichkeiten bei der Bundesauftragsverwaltung	116
2. Funktionsvorbehalt Art. 33 Abs. 4 GG	116
3. Verfolgung eines öffentlichen Zwecks aufgrund von	

Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 3 GG	118
4. Sicherung von Ingerenzrechten wegen Art. 28 GG	118
5. Sozialstaatsprinzip	120
6. Gedanke materieller Rechtsstaatlichkeit	121
III. Einfachgesetzliche Maßgaben	122
1. Gebot der Wirtschaftlichkeit	122
2. Kostendeckung	123
IV. Zusammenfassung der essentialia bei der Organisationsformenwahl	124
V. Rechtsschutz und gemeindeexterne Interventionschancen?	125

## **Kapitel 4 – Die Privatisierungsbewegung**

A. Allgemeines	132
I. Der Begriff der Privatisierung	133
II. Privatisierungsgründe	135
1. Autonomie	135
2. Wirtschaftlichkeit	136
3. Entlastung kommunaler Haushalte	137
4. Geheimhaltung	138
a. Grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht in Gesellschaften	139
b. Sonderfall der §§ 394 f. AktG	140
c. Conclusio	142
III. Privatisierungsverbote	144
B. Public Private Partnership	145
I. Definition vs. Typusbegriff	146
II. Motive für die Schaffung von PPPs	148
III. Schwierigkeiten bei der Umsetzung von PPPs	149
1. Erarbeitung begleitender Vertragswerke	149
2. Unsicherer Wirtschaftlichkeitsvorteil	151
3. Rechtsgrundlagen-Patchwork	151
4. Auswirkungen auf Gebühren- und Tarifgestaltung	153
C. Verfassungsmäßigkeit der Privatrechtsform für gemeindliche Unternehmen?	155
I. Allgemeines	160
II. Normativer Unterbau	161

III. Verwirklichung der Strukturdirektiven	162
1. Sicherung von Steuerungsrechten mit Mitteln des Gesellschaftsrechts	163
a. Aufnahme des öffentlichen Zwecks in den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung	164
b. Aufnahme von Sonderrechten nach § 35 BGB	166
c. Weisungen gegenüber kommunalen Vertretern in den Gesellschaftsorganen	167
aa. Gegenüber Vertretern in der Gesellschafter-/Hauptversammlung	168
bb. Gegenüber AG-Vorstand und obligatorischen Aufsichtsorganen	168
cc. Gegenüber fakultativem Aufsichtsrat	169
dd. Gegenüber Geschäftsführern	171
ee. Zwischenergebnis	173
d. Zustimmungsvorbehalte	173
e. Abstimmungen	174
aa. Quoren	174
bb. Mehrstimmrechte	176
cc. Höchststimmrechte in der AG	176
dd. Veränderung der Abstimmungsmehrheiten für Beschlüsse des Aufsichtsrats einer AG?	177
ee. Stimmbindungsverträge	178
f. Schutz vor Satzungsänderungen	179
aa. Vorliegen einer Satzungsänderung	179
bb. Anforderungen an Satzungsänderungen	181
g. Besetzung von Unternehmensorganen	183
aa. Vorschlagsrecht hinsichtlich des AG-Vorstands	183
bb. Geschäftsführerbestellung und –abberufung	184
cc. Entsenderechte	184
h. Einrichtung eines Beirats	186
2. Sicherungsmöglichkeiten außerhalb des Gesellschaftsrechts	187
a. Beschränkung der Vertretungsmacht kommunaler Vertreter	187
b. Betätigungskontrolle und Beteiligungsverwaltung	188
c. Genehmigungsvorbehalte zugunsten der Kommunalaufsicht	192

IV. Erreichung des notwendigen Ingerenzniveaus	196
1. Aufnahme des öffentlichen Zwecks	199
2. Sperrminoritäten	199
3. Erfordernisse für Änderungen des Unternehmenszwecks	201
4. Weisungsrechte	201
5. Besetzung von Unternehmensorganen	202
a. Vertreteranzahl in der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung	204
b. Anzahl der Mitglieder in der Geschäftsführung/ im Vorstand	204
c. Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder	205
d. Kommunales (Vor-)Verfahren zur Auswahl der Organmitglieder	206
e. Entsenderechte	207
6. Genehmigungsvorbehalte	207
7. Einrichtung von Aufsichtsorganen/sonstigen fakultativen Gesellschaftsorganen	208
8. Zustimmungsvorbehalte	210
9. Beschränkung der Vertretungsmacht	210
10. Betätigungskontrolle und Beteiligungsverwaltung	210
V. Umsetzungshindernis Konzernrecht?	211
1. Unternehmerbegriff	211
2. Beherrschung	212
VI. Zusammenfassung der in den Gemeindeordnungen zwingend aufzunehmenden Steuerungsmechanismen	216
VII. Unterbeteiligungen	217
VIII. Gesetzgeberische Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht	217

## **Kapitel 5 - Die Anstalt des öffentlichen Rechts als Organisationsformalternative**

A. Rekommunalisierung und Republizierung	223
I. Begriffe	223
II. Gründe (Re-)Publizierungen	224
III. Zulässigkeit der Republizierung	225
IV. Gefahren der Republizierung?	227

1. Aufstörung ausgeglichener Netzwerke	227
2. Kaufpreisisiko	227
3. Politisierung der Aufgabenwahrnehmung	228
4. Verdrängungswettbewerb	229
V. Gleichwertigkeit von Regie- oder Eigenbetrieb gegenüber privaten Organisationsformen?	229
1. Regiebetrieb	231
2. Eigenbetrieb	232
3. (Un-)Gleichwertigkeitsurteil	235
B. Die Anstalten des öffentlichen Rechts – Alleskönner oder Lückenbüßer?	235
I. Allgemeine Vorteile der Anstaltsform	236
II. Rechtliche Ausgestaltung der Anstalt	237
1. Firma	238
2. Organe	238
a. Vorstand	239
b. Verwaltungsrat	242
c. Problem: Personalvertretung und Mitbestimmung	243
d. Besetzung der Anstaltsgremien mit Privaten	247
3. Unternehmenssatzung und Aufgabenübertragung	249
4. Haftung des Trägers für Verbindlichkeiten der Anstalt	251
5. Beteiligungen	254
a. Beteiligung der Anstalt an anderen Unternehmen	254
b. Beteiligung juristischer Personen des öffentlichen Rechts an Anstalten	257
c. Beteiligung Privater an Anstalten	258
aa. Stille Gesellschaft	258
bb. Beispielsfall: Berliner Wasserbetriebe	260
d. Anstalt als beherrschtes Unternehmen	263
e. Beleihung Privater mit Anstaltsträgerschaft?	265
6. Finanzierung	268
a. Eigenfinanzierung	268
b. Kreditaufnahme	269
c. Kapitalmäßige Beteiligung Dritter	270
d. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit	270

e. US-Leasingfinanzierung	271
f. Anspruch auf aufgabenangemessene Finanzausstattung	271
7. Handlungsformen und Rechtsverhältnisse	272
a. Rechtsverhältnis zum Anstaltsträger	273
b. Wahlfreiheit bei der Handlungsform	273
c. Benutzungsverhältnis	274
d. Satzungsrecht und Anschluss- und Benutzungszwang	275
e. Zulassung	278
8. Rechnungswesen	279
9. Aufsicht	280
a. Externe Aufsicht	280
b. Interne Aufsicht	282
aa. Allgemeiner Informationsanspruch	283
bb. Anspruch aus Informationsfreiheitsgesetzen	285
10. Umwandlung	285
11. Steuerrechtliche Behandlung	288
a. Betriebe gewerblicher Art	288
b. Körperschaftssteuer	290
c. Umsatzsteuer	290
d. Gewerbesteuer	291
e. Grundsteuer	292
f. Grunderwerbssteuer	293
12. Beschäftigte der Anstalt	293
a. Dienstherrenfähigkeit	293
b. Arbeitsrechtliche Bindungen	294
13. Vergaberecht	296
a. Inhouse-Vergabe	297
b. Unterschwellenbereich	299
14. Wettbewerbsrecht	299
III. Gemeinsame kommunale Anstalt	301
1. Entstehung und Beitritt	301
2. Besondere Bestimmungen zum Verwaltungsrat	303
3. Unternehmenssatzung	304
4. Haftung	305

5. Ausscheiden eines Beteiligten und Abwicklung	305
6. Vergaberecht	306
C. Zusammenfassung und Empfehlung für die Rechtsformwahl	306

## **Kapitel 6 - Zusammenfassung in Thesen**

A. Kapitel 2	309
B. Kapitel 3	309
C. Kapitel 4	313
D. Kapitel 5	317

## **Anhang**

Protokoll über das Gespräch mit dem Vorstand der Entsorgungswirtschaft des Landkreises Harz AöR (enwi) Herrn Michael Dietze zur Führung des Unternehmens in der Organisationsform der Anstalt des öffentlichen Rechts vom 14.10.2014 in Halberstadt	320
--	-----



# **Kapitel 1**

## **Einleitung, Gang und Gegenstand der Untersuchung**

### **A. Einleitung**

Kommunale Wirtschaftstätigkeit folgt einer eigenen, wenn auch einer sich im Verlaufe der Zeit wandelnden Rationalität. Über die anfangs noch jeweils für sich singulär bestehenden Motive der Befriedigung elementarer Grundbedürfnisse nach dem 1. Weltkrieg über die Überwindung der Finanznot der Gemeinden und Übernahme insolvent gegangener Privatunternehmen bis hin zur Zurückdrängung einer überbordenden Tätigkeit zum Schutz der kommunalen Leistungsfähigkeit in Zeiten rund um die Schaffung der DGO von 1935 vereinen sich diese Erwägungen heute. Dies liegt nicht zuletzt an der durch die Weltwirtschaftskrise von 2008/2009 bedingten Ernüchterung hinsichtlich des Funktionierens privatwirtschaftlicher Mechanismen und des Leistungsvermögens gesellschaftlicher Kräfte. Seither werden Tendenzen zur Zurückdrängung privater Organisations- und Handlungsformen und zur Zurückbesinnung auf Unternehmen in öffentlich-rechtlichem Rechtskleid offenbar. Der Titel der Arbeit ist in Anlehnung an diese praktischen Entwicklungen gewählt. Die „Republizifizierung“ betont die Wertschätzung, die Richtschnuren und die Chancen wie Sicherheiten, die das öffentliche Recht bietet und die auch die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden kennzeichnet.

Gleichwohl besteht ein Bedürfnis nach betriebswirtschaftlicher Freiheit, um den kommunalen Finanzbedarf bestmöglich befriedigen zu können. Diese Zielvorstellung zu vereinen, ist die Anstalt des öffentlichen Rechts grundsätzlich geeignet, für welche seit den 1990er Jahren nach und nach in den einzelnen Bundesländern der Bundesrepublik Deutschland im Kommunalrecht die notwendigen Rechtsgrundlagen geschaffen wurden.

Das Kommunalrecht sieht unter der Voraussetzung der Beachtung der Schrankentrias verschiedene Rechtsformen vor, derer sich die Gemeinden und Gemeindeverbände im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit bedienen können. Neben der Anstalt des öffentlichen Rechts kommen auch der Regie- und Eigenbetrieb sowie Rechtsformen des Privatrechts, insbesondere die AG und GmbH, in Betracht. Die Ausübung der Wahl der konkreten Organisationsform ist von verschiedenen Parametern abhängig. Hierzu zählen unter anderem die örtlichen Gegebenheiten und die Bedürfnisse der Bevölkerung – orientiert an der demografischen Zusam-

mensetzung -, die Art der wahrgenommenen Aufgabe, die Handlungs- und Durchsetzungsmöglichkeiten, die Entscheidungswege, der Umfang der Ausstattung mit sächlichen, finanziellen und personellen Mitteln, die Fähigkeit zur flexiblen Anpassung an sich ändernde Umstände, die steuerliche und vergaberechtliche Behandlung, die Bürgernähe und die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Transparenz.

Wegen ihrer rechtlichen und unternehmerischen Freiheit und ihres Bekanntheitsgrades werden bevorzugt die Kapitalgesellschaftsformen gewählt. Hierdurch wird zwar die Kernverwaltung entlastet, doch bestehen durchgreifende Bedenken gegenüber der Sicherung eines ausreichenden Einflusses der Gemeinde, damit betriebswirtschaftlichen Erwägungen nicht der Vorzug vor der Gewährleistung der Aufgabenwahrnehmung im öffentlichen Interesse gegeben wird. Letzteres kann durch eine suffiziente Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge bzw. Satzungen freilich sichergestellt werden. Dies hängt gleichwohl davon ab, dass sich die Gemeinden und Gemeindeverbände der Notwendigkeit einer entsprechenden statutarischen Gestaltung bewusst sind und die ihnen hierbei eröffneten Optionen auch tatsächlich wahrnehmen. Die erforderliche kautelarische Absicherung muss – zumindest hinsichtlich ihrer unabdingbaren Grundzüge – durch den Landesgesetzgeber vorgezeichnet werden, andernfalls besteht die Gefahr einer Vernachlässigung demokratischer, rechts- und sozialstaatlicher Direktiven.

Klarstellend ist anzumerken, dass im Rahmen dieser Arbeit aus Gründen der Verständlichkeit nur von den Verhaltensweisen und Entscheidungen der „Gemeinden/Kommunen“ gesprochen wird, die angestellten Überlegungen aber gleichfalls für die Gemeindeverbände gelten, vgl. Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG.

## **B. Ziel, Gegenstand und Verlauf der Untersuchung**

Gegenstand der Untersuchung sind die kommunalen Unternehmen in ihren unterschiedlichen Rechtsformen, wobei hinsichtlich derjenigen in privatrechtlicher Organisationsstruktur wegen ihrer Praxisrelevanz nur die AG und GmbH betrachtet werden.

Die vorliegende Arbeit versucht aufzuzeigen, dass die Anstalt den gewünschten Spagat zwischen unternehmerischem Denken, Selbständigkeit und der Fähigkeit zur Erzielung von Gewinnen einerseits und der Gewährleistung rechts- und vor allem verfassungsnormativer Richtschnuren andererseits zu machen vermag. Die in Anstaltsform geführten Sparkassen werden nicht eingehend behandelt. Das Sparkassenrecht ist Spezialrecht mit zahlreichen Sonderrege-

lungen, die Verallgemeinerungen verbieten und grundsätzlich nicht auf das Kommunalrecht übertragen werden können.

Die Arbeit erlangt Bedeutung aufgrund der Tatsache, dass die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts wissenschaftlich bisher wenig aufbereitet wurden bzw. dass ihnen Aufmerksamkeit hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt der Kooperationsmöglichkeiten mit Privaten (Stichwort Holding-Modelle nach dem Vorbild der Berliner Wasserbetriebe) oder mit Blick auf ihren Wandel im Laufe ihrer Entstehungsgeschichte geschenkt wurde<sup>1</sup>. Daneben wird in der Literatur die Anstalt des öffentlichen Rechts als Ausgangspunkt dafür genommen, auf ihrer Grundlage eine neue Form von Unternehmen in der Form des öffentlichen Rechts zu entwickeln<sup>2</sup>. Die Rechtsprechung hatte sich bisher nur wenig mit der Anstaltsform zu beschäftigen, befasste sich vornehmlich mit Fragen des Anstalts- bzw. Benutzungsverhältnisses. Zugrunde gelegt wird hier vielmehr die Bedeutung der Organisationsform für die Verfolgung wirtschaftlicher und – viel wichtiger – im Allgemeinwohl liegender Aufgaben. Das Rechtskleid ist nicht Selbstzweck, sondern Grundlage für die Befriedigung von Bedürfnissen des Gemeinwesens unter Respektierung normativer Vorgaben.

Grundlegende Begrifflichkeiten (wie etwa die der „öffentlichen Aufgaben“) zur Schaffung des notwendigen Vorverständnisses werden im Rahmen dieses Kapitels geklärt.

In Kapitel 2 der Arbeit liegt der Schwerpunkt auf einer darstellenden Vorstellung der Anstalt des öffentlichen Rechts<sup>3</sup>. Dies geschieht in Bezug auf den Begriff der AöR, ihrer verschiedenen Erscheinungsformen und ihre Geschichte. Zur Illustration werden anschließend Anwendungsfälle und Einsatzgebiete in der Praxis aufgezeigt. Die rechtlichen Grundlagen werden mit Blick auf Kapitel 3 und 5 nur grob angedeutet, da dort eine eingehende Betrachtung erfolgt. Kapitel 2 schließt mit den aktuellen Herausforderungen, denen sich die Gemeinden gegenübersehen.

Unabdingbar ist die Eruierung der rechtlichen, d.h. verfassungsnormativen und einfachgesetzlichen Grundlagen, denn die kommunale Wirtschaftstätigkeit im Allgemeinen (Kapitel 3), kann nur dann beurteilt werden, wenn festgestellt worden ist, welche Vor- und Nachteile die jeweiligen Organisationsformen haben und ob sie überhaupt zur Wahl der Gemeinden stehen.

---

<sup>1</sup> Lange, Beteiligung Privater an AöR, S. 1 ff.; vgl. Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 1 ff.

<sup>2</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 297 ff.

<sup>3</sup> Im Verlaufe der Arbeit auch schlicht als „Anstalt“ oder „AöR“ bezeichnet.

Kapitel 4 befasst sich mit der Privatisierung, vorangestellt sind deren Begriffe und deren Unterarten, einschließlich des Spezialfalls der Public-Private-Partnership.

Daran setzt sich die Untersuchung der Kapitalgesellschaftsformen an, welche zwar das Potential für die Erreichung größtmöglicher Wirtschaftlichkeit besitzen, gegen deren Wahl aber die Verfassungswidrigkeit des Kommunalrechts in seiner derzeitigen Ausgestaltung, soweit es diese Organisationsformen ohne nähere Festlegung der statutarisch aufzunehmenden Steuerungs- und Kontrollrechte vorsieht, spricht (Kapitel 4 C.).

Aufbau und Organisation, Rechtsgrundlagen samt ihren Lücken sowie strukturelle Probleme der Anstalt des öffentlichen Rechts werden in Kapitel 5 erörtert. Auch wird auf die gemeinsame kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts als Forum der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit eingegangen. Außerdem werden Vorschläge zur Reform des Anstaltsrechts unterbreitet, die auf die Unvollständigkeiten des Anstaltsrechts Bezug nehmen, und es wird eine Empfehlung für die Rechtsformenwahl ausgesprochen.

### **C. Die öffentlichen Aufgaben als zentrales Kriterium für die kommunale Wirtschaftstätigkeit**

Die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt sich unter anderem nur, wie im Verlaufe der Arbeit mehrfach ventiliert werden wird, wenn sie der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks dient, wenn mithin öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden. Die Bedeutung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben sollte daher auch durch die Bezeichnung des Titels der vorliegenden Untersuchung zum Ausdruck gebracht werden. Dieses Erfordernis gilt gleichermaßen für Unternehmen in öffentlich- wie privatrechtlicher Form. Erforderlich ist daher, den Begriff der öffentlichen Aufgaben begrifflich einzugrenzen. Es muss bei einer Umreißung bleiben, da dieser Begriff vielgestaltig ist, m.a.W. nicht allgemeingültig erfasst werden kann, da er von den Umständen des Einzelfalls, vor allem von den örtlichen, auch demografischen Bedingungen und vom Wandel der Zeit abhängig ist. Grob konturieren lässt sich der Begriff mit allen im öffentlichen Interesse liegenden Anliegen eines Gemeinwesens<sup>4</sup>. Diese können von privaten wie öffentlichen Trägern wahrgenommen werden<sup>5</sup>. Demgegenüber ist der Begriff der Staatsaufgaben enger (und ein Spezialfall der öffentlichen Aufgaben). Es handelt sich hierbei um

---

<sup>4</sup> Katz, NVwZ 2010, 405 (408).

<sup>5</sup> Katz, NVwZ 2010, 405 (408); Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 82.

Aufgaben, auf die die öffentliche Hand – und nur diese<sup>6</sup> - nach Maßgabe und in den Grenzen der Verfassung zugreift oder zugreifen darf<sup>7</sup>. Traditionell ist die Erfüllung von Staatsaufgaben mit der Ausübung von Hoheitsbefugnissen verbunden, neuerdings wird von diesem Erfordernis jedoch abgesehen<sup>8</sup>. Als entscheidend wird vielmehr die Bestimmung durch den Gesetzgeber angesehen, dass eine Aufgabe als eine Staatsaufgabe gelten soll<sup>9</sup>.

Die Wahrnehmung von Staatsaufgaben ist für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, die sich nicht handlungs- sondern betriebsbezogen bestimmt<sup>10</sup>, nicht entscheidend. Es kommt vielmehr darauf an, dass mittels unternehmerischer Mittel Interessen verfolgt werden, die der Verwirklichung des Gemeinwohls, also der Befriedigung der Bedürfnisse der Gemeindeeinsbewohner, dienen. Dies bedeutet auch, dass ein Gewinnstreben allenfalls zweitrangig sein darf.

---

<sup>6</sup> *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (586); vgl. BVerfGE 107, 59 (93).

<sup>7</sup> *Katz*, NVwZ 2010, 405 (408); vgl. auch *Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (247 Fn. 154) m.w.N.; *Di Fabio*, JZ 1999, 585.

<sup>8</sup> *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1113).

<sup>9</sup> Vgl. *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (587).

<sup>10</sup> OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1522).

## **Kapitel 2**

### **Die Anstalten des öffentlichen Rechts – Grundlagen**

Bevor auf die Einzelheiten der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden eingegangen wird, sollen die begrifflichen, historischen und rechtlichen Grundlagen für Anstalten des öffentlichen Rechts dargestellt werden, um diesem meist unbekannten und schemenlos erscheinenden Rechtsinstitut Kontur zu verleihen. Hierdurch wird das Fundament der Arbeit für die Deduzierung von Bedingungen und Grenzen der Verwendung von AöR auf kommunalwirtschaftlicher Ebene gemauert.

#### **A. Allgemeines**

##### **I. Der Begriff der Anstalt des öffentlichen Rechts**

Trotz vielfacher Definitionsversuche hat sich eine einheitliche Begriffsbildung im Bereich der AöR nicht herausbilden können. Vermeintlich feststehende Wesensmerkmale wie die Gewährträgerhaftung und Anstaltslast des Anstaltsträgers werden heute zum Teil wegen unionsrechtlicher Interferenzen aus den Begriffsbestimmungen ausgeklammert<sup>11</sup> bzw. für diese nur in modifizierter Form in Ansatz gebracht<sup>12</sup>. Problematisch an dieser Auffassung ist, dass die ansonsten ins Feld geführten Charakteristika über wenig Unterscheidungskraft verfügen und damit eine Abgrenzung zu anderen Organisationsformen und rechtlichen Instituten erschwert wird.

Im Folgenden sollen die gängigsten Definitionsversuche in der Literatur vorgestellt werden. Anschließend wird entschieden, welche Begriffsbildung dieser Arbeit zugrunde gelegt werden soll.

##### **1. Otto Mayer**

Die wohl bekannteste Definition findet in der Schrift *Otto Mayers* zum Deutschen Verwaltungsrecht<sup>13</sup>. Danach ist eine Anstalt ein „Bestand von Mitteln, sächlichen und persönlichen,

<sup>11</sup> Vgl. *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 346; *Herdegen*, WM 1997, 1130 f.; *Koenig*, WM 1995, 821 (825 ff., 828); *Oebbecke*, DVBl. 1981, 960 (962 ff., 965).

<sup>12</sup> Vgl. *Stern*, FS Maurer, S. 815 (820 ff.), der die Anstaltslast als unabding-, die Gewährträgerhaftung aber für verzichtbar hält; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 346.

<sup>13</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 268.

welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind“. Diese Begriffsbildung hat ihren Ursprung wohl im sog. „service public“-Begriff des französischen Verwaltungsrechts<sup>14</sup>, der zum einen die am Allgemeininteresse orientierte Staatstätigkeit und zum anderen die Organisation der öffentlichen Verwaltung selbst umfasst<sup>15</sup>. Diese Ambivalenz aufgreifend entwickelte *Otto Mayer* eine eigene Begriffsdefinition, welche weniger eine Organisationsformenumschreibung denn als eine Beschreibung einer verwaltungsrechtlichen Handlungsform wahrgenommen wurde<sup>16</sup>. Der Anstaltsbegriff stellt sich wohl nach *Otto Mayers* Verständnis als Pendant zur Polizeigewalt<sup>17</sup> und zur Wahrnehmung fiskalischer Aufgaben durch den Staat zur Vermögensverwaltung und -bereitung<sup>18</sup> dar. Die Polizeigewalt zielte auf die Durchsetzung der allgemeinen „Unterthanenpflicht“ und der Abwehr von Störungen für die gute Ordnung des Gemeinwesens<sup>19</sup>.

Die Anstalt wurde vornehmlich auf ihre Nutzbarkeit hin untersucht und als Modalität des Verwaltungshandelns verstanden<sup>20</sup>. So sollte zum Wesen der Anstalt auch die Anstaltsgewalt kraft Eingehung eines besonderen Anstaltsverhältnisses gehören, welches zustande kam, sobald die „Dienste“ dieser Institution beansprucht wurden<sup>21</sup>. Nach der Impermeabilitätstheorie waren solche Gewaltverhältnisse – weil dem staatsinternen Bereich zugeordnet – rechtsfrei, Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Anstaltsnutzer unterlagen folglich nicht dem Vorbehalt des Gesetzes<sup>22</sup>. Unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips und der Anerkennung der Grundrechte ist die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen heute zu Recht aufgegeben worden.

Ausgehend von der Fokussierung auf die Nutzbarkeit der Anstalt erklärt sich auch das Fehlen näherer Ausführungen zur Errichtung und inneren Verfasstheit von Anstalten des öffentlichen

<sup>14</sup> *Bohn*, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 28 f.; *Breuer*, VVDStRL 44 (1986), 211 (216); *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (610).

<sup>15</sup> *Breuer*, VVDStRL 44 (1985), 211 (216).

<sup>16</sup> *Berg*, NJW 1985, 2294 (2295); *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (610, 613), welcher sich insofern auf eine Zusammenschau verschiedener Werke *Otto Mayers* bezieht (Nachweise bei *Krebs*), in welchen vor allem Ausführungen zur Benutzung der Anstalt (als „Veranstaltung“ bzw. als „Unternehmen“ des Staates) überwiegen; *Bohn*, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 29 f.; vgl. auch *Waldmann*, Kommunalunternehmen, S. 6 und *Breuer*, VVDStRL 44 (1986), 211 (216).

<sup>17</sup> *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (610).

<sup>18</sup> *Bohn*, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 34; *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (610).

<sup>19</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 257 und 264.

<sup>20</sup> *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (610).

<sup>21</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 28; *Berg*, NJW 1985, 2294 (2295); *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (611).

<sup>22</sup> *Ehlers/Schneider*, in: *Schoch/Schneider/Bier*: VwGO, § 40 Rn. 99; *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 8 Rn. 28 – mit dem Hinweis, dass allein die zwangsweise Begründung des besonderen Gewaltverhältnisses dem Gesetzesvorbehalt unterliegt; *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (611).

Rechts als organisierte Einheit<sup>23</sup>, weshalb die Definition *Otto Mayers* wenig zur inhaltlichen Präzisierung des Anstaltsbegriffs beiträgt<sup>24</sup>, selbst wenn man sie als Umschreibung einer Organisationsform begreifen wollte. So wird dieser Anstaltsbegriff denn auch als derart „offen“ empfunden, dass letztlich jede beliebige Verwaltungseinheit unter ihn subsumiert werden könnte<sup>25</sup>.

Als Ausgangspunkt für eine definitorische Betrachtung mag der Anstaltsbegriff nach *Otto Mayer* seine Tauglichkeit besitzen, doch verliert er sich in inhaltlicher Unschärfe, bedarf daher weiterer Konturierung.

## **2. Versuche begrifflicher Konturierung**

Bevor man den Versuch einer Konturierung wagt, muss man sich jedoch apriori fragen, ob der Anstaltsbegriff einer definitorischen Erfassung überhaupt zugänglich ist. Teilweise wird eine Begriffsbildung wegen der Multifunktionalität der Anstalt für unmöglich gehalten<sup>26</sup>. Es handele sich insofern um einen „konturenlosen Sammelbegriff ohne organisationsspezifische Typik“<sup>27</sup>. Einig ist man sich zumindest insofern, als dass der Anstaltsbegriff äußert offen, vage und abstrakt ist<sup>28</sup>.

Betrachtet man die Vielfalt der in der Praxis vorkommenden Anstalten (Forschungs-, Bade-, Rundfunkanstalten, Museen, Sparkassen und Landesbanken, Abwasserbetriebe, Krankenhäuser usw.) lassen sich die Schwierigkeiten bei der hermeneutischen Erfassung des Anstaltsbegriffs nicht von der Hand weisen. Die zu untersuchenden Gebilde befinden sich meist im Bedeutungshof des Begriffs der Anstalt<sup>29</sup>. Eine definitorische Begriffsfindung – operierend mit *genus proximum* und *differentia specifica* - erscheint insofern ausgeschlossen. Doch kann man sich dem Anstaltsbegriff typologisch über Ähnlichkeitsüberlegungen<sup>30</sup> (klassifikatorische Begriffsbildung) annähern. Dabei wird die Anstalt als Typusbegriff durch Merkmale gekennzeichnet, welche in Bezug auf das zu untersuchende Gebilde in unterschiedlicher Intensität und Zahl vorkommen können, aber noch derart ausgeprägt sein müssen, dass sie dem typi-

---

<sup>23</sup> *Bohn*, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 38.

<sup>24</sup> *Breuer*, VVDStRL 44 (1986), 211 (213).

<sup>25</sup> *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (613).

<sup>26</sup> *Breuer*, VVDStRL 44 (1986), 211 (223).

<sup>27</sup> *Burmeister*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 44 (1986), 248 (255).

<sup>28</sup> *Bohn*, AöR – Wandel und Beteiligung durch Dritte, S. 74; *Wahl*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 44 (1986), 248 (259); *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (614).

<sup>29</sup> Zur Unterscheidung zwischen Bedeutungskern und Bedeutungshof: *Schünemann*, FS Hassemer, S. 239 (242).

<sup>30</sup> *Canaris*, JZ 1993, 377 (381).



schen Erscheinungsbild einer Anstalt entsprechen; insofern ist also eine wertende Betrachtung erforderlich<sup>31</sup>. Alle Merkmale des Typusbegriffs müssen nicht zwingend erfüllt sein<sup>32</sup>, solange das zu untersuchende Objekt das „Gepräge“ einer Anstalt aufweist. So lassen sich so denn auch „besondere Phänomene und Variabilitäten“ der AöR erfassen. Damit kann nicht nur die Multifunktionalität im Sinne ihrer Nutzbarkeit, sondern auch ihre Vielgestaltigkeit<sup>33</sup> eingefangen werden. Auf das Vorhandensein eines sonst typischen Merkmals kann so auch einmal verzichtet werden, ohne dass die Qualifizierung der Verwaltungseinheit als Anstalt in Frage stünde. Letzteres betrifft z.B. den Fall der Forschungsanstalten, bei denen die Existenz von Benutzern – ein klassisches Merkmal der Anstalt - zweifelhaft ist<sup>34</sup>.

Der Sache nach nähert sich die Literatur daher einer typologischen Begriffserfassung an, wenn sie – trotz (wenig fruchtbringender) Definitionsversuche – Merkmale der Anstalt aufstellt. Dabei kann bezweifelt werden, ob die stipulierten Charakteristika tatsächlich den Regelfall des anstaltlichen Erscheinungsbildes umschreiben:

*Köttgen* meint, ein wesentliches Kriterium einer Anstalt sei, dass sie mit „typischen“ Handlungsformen arbeite<sup>35</sup>. Dagegen spricht zum einen, dass die AöR gerade nicht mit spezifischen, sie von anderen öffentlich-rechtlich organisierten Institutionen unterscheidenden Handlungsformen operiert. Zum anderen liegt in dieser Anforderung ein Zirkelschluss, soll doch mittels typologischer Rechtsfindung versucht werden, den Standardtypen einer Anstalt zu beschreiben, gleichsam die „Idee der Anstalt“ im Sinne der platonischen Ideenlehre. Erst nachdem man den Prototyp der Anstalt festgelegt hat, kann man auch typische Handlungsformen identifizieren. Mit anderen Worten: Man benötigt zunächst als AöR erkannte Einrichtungen – quasi als Vergleichsobjekte -, um dann beurteilen zu können, ob sie auf die ihnen eigene Weisen tätig werden.

Unter dem gleichen Gesichtspunkt ist auch die Auffassung<sup>36</sup> abzulehnen, nach der die Anstalt typische Aufgaben erledigt, zumal die Anstalt durch ihre Multifunktionalität geprägt ist, sich demnach derart vielfältig betätigen kann, dass eine Typisierung ihrer Aufgaben von vornherein ausscheidet. Dies gilt umso mehr, als AöR nicht nur Teil der Leistungs-, sondern auch

---

<sup>31</sup> S. 160; *Pawłowski*, Methodenlehre, Rn. 78 und Rn. 147.

<sup>32</sup> *Engisch*, Idee der Konkretisierung (1968), S. 241.

<sup>33</sup> *Wahl*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 44 (1986), 248 (258 f.).

<sup>34</sup> Vgl. *Berg*, NJW 1985, 2294 (2295).

<sup>35</sup> *Köttgen*, VVDStRL 6 (1929), 105 (113 f., 125).

<sup>36</sup> Vgl. *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (613 Fn. 80).

der Eingriffsverwaltung sein und ordnende Funktionen wahrnehmen können, wie wirtschaftslenkende oder Straf- und Besserungsanstalten zeigen<sup>37</sup>.

Zum „herausragendstes“ Merkmal der AöR wird z.T. die Gewährträgerhaftung erklärt<sup>38</sup>. Dem kann jedoch aufgrund europarechtlicher Interdependenzen, wie sich später noch zeigen wird<sup>39</sup>, nicht zugestimmt werden; dies ist kein regelhaftes Kriterium der Anstalt (mehr), sondern kann allenfalls für regionale Anstalten ohne grenzüberschreitende Bezüge Bestand haben.

Abzulehnen ist auch die Meinung, dass wesentliches Merkmal der AöR deren Rechtsfähigkeit sei<sup>40</sup>. Es existieren auch nichtrechtsfähige Anstalten. Nichtsdestoweniger lohnt sich nur eine nähere Behandlung und Untersuchung der rechtsfähigen Anstalten, da die nichtrechtsfähigen vollständig mit ihrem Träger übereinstimmen, also über keine eigene rechtliche Identität verfügen, mithin einer Behörde sehr ähnlich sind<sup>41</sup>. Außerdem besitzt das Kriterium keine Unterscheidungskraft zu anderen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, wie etwa Stiftungen und Körperschaften, die ebenfalls über Rechtsfähigkeit verfügen können, und sagt auch nichts über Aufbau und Struktur der Anstalt<sup>42</sup> oder die Qualität ihrer Aufgabenerfüllung<sup>43</sup> aus.

Weiterhin wird im Schrifttum gefordert, dass die jeweilige Verwaltungseinheit i.d.R. eine rechtlich versubjektivierte Organisation aufweisen müsse, um als Anstalt angesehen werden zu können<sup>44</sup>. Gemeint ist damit ein gewisses Maß an organisationsrechtlicher Verselbständigung durch z.B. bei eigene Haushaltsführung, Organ- und Willensbildung, durch Begrenzung der Aufsicht usw.<sup>45</sup>. Starke Differenzierungskraft besitzt dieses Kriterium nicht, es erlaubt vielmehr nur eine Abgrenzung zum Amt/zur Behörde bzw. zum Regiebetrieb als öffentlich-rechtliche, aber unselbständige Organisationsformen gerade im Bereich kommunaler Unternehmungen. Eigenbetriebe, Körperschaften und Stiftungen weisen hingegen ebenfalls eine gewisse Verselbständigung auf. So werden etwa Eigenbetriebe als Sondervermögen getrennt

---

<sup>37</sup> Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (217).

<sup>38</sup> Pencereci/Brandt, LKV 2008, 293 (294).

<sup>39</sup> Kapitel 3 G. II. 2. und Kapitel 5 B. II. 4.

<sup>40</sup> So von Bohn, AöR – Wandel und Beteiligung durch Dritte, S. 84, gefordert.

<sup>41</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 110.

<sup>42</sup> So auch Krebs, NVwZ 1985, 609 (614). Im Ergebnis so auch Papier, Recht der öffentlichen Sachen, S. 27, und Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 10, aber ohne nähere Begründung.

<sup>43</sup> Berg, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 44 (1986), 248 (263).

<sup>44</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 8; Papier, Recht der öffentlichen Sachen, S. 27.

<sup>45</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 8, 10; Krebs NVwZ 1985, 609 (614 ff.); Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (217).

vom eigenen Vermögen der Gemeinde verwaltet und weisen eine eigene Buchführung auf<sup>46</sup>. Sie werden daher auch als (unselbständige) Anstalten des öffentlichen Rechts angesehen<sup>47</sup>. Unterscheiden lassen sich die in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts geführten Kommunalunternehmen von den Eigenbetrieben unter anderem durch das zusätzliche Merkmal der Rechtsfähigkeit. Eine Abgrenzung wäre aber weiterhin zwischen rechtsfähigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen nötig. Das Charakteristikum der Selbständigkeit verhilft somit durchaus zur Eingrenzung des Anstaltsbegriffs, macht aber weitere Kriterien erforderlich, um von den übrigen öffentlich-rechtlichen, rechtsfähigen Organisationsformen abzugrenzen.

Zusammenfassend lassen sich im Wesentlichen drei Charakteristika der Anstalten ausmachen<sup>48</sup>: Wie gezeigt bedarf es der organisatorischen Verselbständigung bzw. Zusammenfassung von Sachmitteln und Personal in einer Verwaltungseinheit. Zweites Merkmal ist die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben und das dritte Kriterium ist, dass die Anstalt in der Regel Benutzer hat.

Das Kriterium der Zweckrichtung, der Instrumentalisierung der Anstalt zur Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben, scheint ebenfalls keine weitgehenden Differenzierungen zu erlauben. Denn auch sonstige Organisationsformen öffentlicher Verwaltung dienen dieser zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Die Verwaltung bedarf eines Rechtskleides, um überhaupt handlungsfähig zu sein. Daher ist das Kriterium der zweckgerichteten Errichtung der Anstalt ebenso selbstverständlich wie entbehrlich. An die Stelle der Zweckprogrammierung als Wesensmerkmal – welches auch bei privatrechtlich Gesellschaften in der Hand der Verwaltung verwirklicht ist – sollte der öffentlich-rechtliche Charakter der Organisationsform treten. Eine Eingrenzung des Anstaltsbegriffs wird damit zumindest insofern möglich, als privatrechtliche Gebilde ausgeklammert werden können<sup>49</sup>.

Drittes, für einheitlich befundenes Merkmal ist, dass die Anstalt in der Regel Benutzer hat, (das heißt, dass das Leistungsverhältnis zwischen ihr und den ihre Leistungen in Anspruch nehmenden Bürgern ein Nutzungsverhältnis ist), deren Interessen die Institution fördern

---

<sup>46</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 105; Püttner, Unternehmen, S. 60.

<sup>47</sup> Püttner, Unternehmen, S. 60.

<sup>48</sup> Pencereci/Brandt, LKV 2008, 293 (294); Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 47. Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 1 f., 8, 10, 24; Cronauge: Kommunale Unternehmen, Rn. 50; vgl. Ibler, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 86 Rn. 71.

<sup>49</sup> Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (224), der die Einbeziehung von privatrechtlich organisierten Einrichtungen ablehnt, da das Privatrecht keine Anstalten kenne; Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 105.

soll<sup>50</sup>. Wie aber die Forschungsanstalten zeigen, ist dieses Kriterium nicht immer erfüllt, ganz abgesehen davon, dass es sich bei Forschungsanstalten auch um öffentlich-rechtliche Stiftungen handeln kann (Beispiel hierfür ist die „Deutsche Forschungsanstalt für Lebensmittelchemie“). Der Name „Anstalt“ ist für die Bestimmung der Organisationsform damit nicht ausschlaggebend. Fraglich ist, ob hier überhaupt ein Benutzungsverhältnis existiert, wo dieses verortet und wie dieses ausgestaltet ist. In der Literatur wird – ohne nähere Begründung – behauptet, es handle sich bei diesen Einrichtungen um „nicht nutzbare Anstalten“, d.h. Anstalten ohne Benutzer<sup>51</sup>. Wenn man aber die Arbeitsweise dieser Forschungsanstalten betrachtet, kann man durchaus einen anderen Eindruck gewinnen. Solch Forschungseinrichtungen sind mit der Durchführung von Forschungsprogrammen beschäftigt, sie sammeln zu diesem Zweck Informationen, analysieren sie und stellen sie dann, bewertet und mit Schlussfolgerungen versehen, der Öffentlichkeit zur Verfügung. Darin liegt aber zugleich der Dienstleistungscharakter der Tätigkeit dieser Institutionen begründet; diese Forschungsleistungen können in Anspruch genommen werden ähnlich wie die Leistungen von Abfall- und Abwasserentsorgungsunternehmen. Denkbar ist auch, dass die Forschungsanstalten mit der Durchführung von Forschungsprojekten beauftragt und somit die in dieser Einrichtung versammelten personellen und sächlichen Mittel beansprucht bzw. „benutzt“ werden.

Sollte man sich dieser Sichtweise nicht anschließen wollen und ein Benutzungsverhältnis bei Forschungsanstalten oder bei ähnlichen Gebilden nicht verwirklicht sehen, gleichwohl aber den Anstaltscharakter nicht verneinen wollen, empfiehlt es sich, auf eine andere heuristische Methode bei der typologischen Begriffserfassung zurückzugreifen, namentlich sich auf das Auffinden von Gegenbegriffen zu konzentrieren und insofern eine Ein- und Abgrenzung des Begriffs der Anstalt vorzunehmen. Der AöR werden als Gegenbegriffe die Körperschaften und Stiftungen gegenübergestellt<sup>52</sup>. Diese werden daher im Folgenden vorgestellt.

## **a. Abgrenzung**

### **aa. Körperschaft des öffentlichen Rechts**

Körperschaften des öffentlichen Rechts sind durch staatlichen Schöpfungsakt geschaffene, mitgliedschaftlich verfasste, aber vom Wegfall ihrer Mitglieder unabhängig bestehende Orga-

---

<sup>50</sup> *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 24; *Lange*, Beteiligung Privater an AöR, S. 35.

<sup>51</sup> *Berg*, NJW 1985, 2294 (2296); *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 47.

<sup>52</sup> *Papier*, Recht der öffentlichen Sachen, S. 27; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 8; *Pencereci/Brandt*, LKV 2008, 293 (294).

nisationen, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut sind<sup>53</sup>. Das den Körperschaftsstatus bestimmende Merkmal ist die Zuordnung von Mitgliedern zur gemeinschaftlichen Verwaltung der sie betreffenden Angelegenheiten<sup>54</sup>.

Die These, die Anstalt sei durch die Abstinenz von Mitgliedern geprägt, kann durchaus in Zweifel gezogen werden, werden doch zunehmend Interessenvertreter in die Gremien der Anstalt aufgenommen bzw. entsandt<sup>55</sup>, um eine Mitwirkungsmöglichkeiten zu ermöglichen. AöR können damit durchaus mitgliedschaftliche Züge haben. Um sie von Körperschaften abzugrenzen, ist eine schwerpunktmäßige Betrachtung erforderlich<sup>56</sup>. Es ist danach zu fragen, ob es vorrangig um die Nutzung der von der Institution angebotenen Leistungen geht, dann handelt es sich um eine Anstalt, oder ob die Gemeinschaft der der Einrichtung angehörenden Personen im Vordergrund steht, dann ist von einer Körperschaft auszugehen. Der mitgliedschaftliche Charakter überwiegt, wenn die der Einrichtung zugeordneten Personen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen und die Gestaltung der Verbandsangelegenheiten haben<sup>57</sup>. Bezüglich Gruppen- und Interessenvertretern in Anstalten fehlt es in der Regel an Mitwirkungsbefugnissen; sie werden hauptsächlich beratend bzw. influenzierend tätig<sup>58</sup>.

## **bb. Stiftungen des öffentlichen Rechts**

Stiftungen werden durch einem Stiftungsakt geschaffen oder gehen aus öffentlich-rechtlicher Errichtung hervor; sie nehmen Aufgaben der Verwaltung mittels eigenem Kapital- und/oder Sachbestand wahr<sup>59</sup>. Problematisch ist, dass Anstalten und Stiftungen als Organisationsgebilde voneinander kaum abgrenzbar sind<sup>60</sup>. Die Stiftung hat aber weder Mitglieder noch Benutzer, sondern allenfalls Nutznießer (Destinatäre)<sup>61</sup>. Der Schwerpunkt liegt bei der Stiftung auf dem zweckgebundenen Vermögen<sup>62</sup>. Ein Unterschied zwischen Anstalt und Stiftung ist insofern auszumachen, als der Anstaltsträger einen weitgehenden Einfluss auf die Verwaltung der

<sup>53</sup> Ibler, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 86 Rn. 71; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 37 ff.

<sup>54</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 40; Bayer, LKV 1992, 372.

<sup>55</sup> Stettner, ZUM 2012, 202 (208); Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (221); vgl. auch § 10 Abs. 2 LOG-MV: „Anstalten des öffentlichen Rechts sind verselbstständigte, in der Regel nicht mitgliedschaftlich organisierte rechtsfähige Verwaltungseinheiten, die zur dauerhaften Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse errichtet werden.“ (Hervorhebung von der Verfasserin).

<sup>56</sup> Vgl. auch Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 107.

<sup>57</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 40 f.

<sup>58</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 52.

<sup>59</sup> Richardi, in: Richardi/Dörner/Weber: Personalvertretungsrecht, § 1 BPersVG Rn. 17; Ibler, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 86 Rn. 73.

<sup>60</sup> Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (221); Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 107.

<sup>61</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 55; Stettner, ZUM 2012, 202 (204).

<sup>62</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 25.

AöR nehmen kann, während sich der Einfluss des Stifters im Wesentlichen im Stiftungsakt erschöpft<sup>63</sup>.

## **b. Zusammenfassung**

In Fällen, in denen das Bestehen eines Benutzungsverhältnisses zweifelhaft ist, das Gebilde im Übrigen aber seine wesentlichen Merkmale (gewisses Maß an organisatorischer Verselbständigung, öffentlich-rechtliche Organisation) erfüllt, genügt für seine Einordnung als Anstalt die Feststellung, dass es sich nicht um eine Körperschaft oder Stiftung handelt<sup>64</sup>. Ansonsten ist das prägnanteste Merkmal bei Anstalten, dass sie Benutzer haben, Körperschaften haben Mitglieder und Stiftungen Vermögen und u.U. Destinatäre. Diese Verhältnisse zwischen diesen Institutionen und den Bürgern schlagen dann auch auf die Organisations- und Entscheidungsstruktur durch. Die Beteiligungsmöglichkeiten der Benutzer einer Anstalt an Entscheidungs- und Strukturmaßnahmen sind in der Regel geringer als bei Mitgliedern einer Körperschaft, da bei Anstalten der Dienstleistungscharakter, bei Körperschaften das Kollektiv im Vordergrund steht.

Eine definitorische Begriffserfassung ist bei der Anstalt aufgrund ihres vielgestaltigen Vorkommens in der Praxis unmöglich. Eine typologische Erfassung ist hingegen zur Abgrenzung tauglich. Im Einzelfall bedarf es daher einer wertenden Betrachtung, ob das zu beurteilende Gebilde dem klassischen Bild einer Anstalt entspricht.

## **II. Die Arten der Anstalten des öffentlichen Rechts**

Unter Heranziehung unterschiedlicher Anknüpfungspunkte können die Anstalten in unterschiedliche Typen eingeteilt werden. Im Folgenden wird der von *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* empfohlenen Typisierung entsprochen<sup>65</sup>.

### **1. Rechtsfähigkeit**

Aufteilen lassen sich die Anstalten in rechtsfähige, teil- und nichtrechtsfähige AöR.

---

<sup>63</sup> *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 25.

<sup>64</sup> *Cronauge*: Kommunale Unternehmen, Rn. 50; *Bohn*, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 76; *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (614).

<sup>65</sup> *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 27 ff.

Rechtsfähige Anstalten sind juristische Personen und selbst Verwaltungsträger, sie sind nicht nur organisatorisch, sondern auch rechtlich selbständig<sup>66</sup>. Sie verfügen über ein eigenes Vermögen, ein eigenes Rechnungswesen und einen eigenen Haushalt, sind also haushaltsrechtlich abgesondert<sup>67</sup>. Errichtet werden sie vor allem zum Zwecke der eigenen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben<sup>68</sup>.

Nichtrechtsfähige Anstalten sind hingegen nur organisatorisch, nicht aber rechtlich selbständig. Sie sind selbst nicht Träger von Rechten und Pflichten, sondern nur Teil eines anderen Verwaltungsträgers, von diesen also im Außenverhältnis nicht zu unterscheiden<sup>69</sup>. Die kommunalen Eigenbetriebe werden vom Schrifttum zuweilen als Prototyp der nichtrechtsfähigen Anstalt betrachtet.<sup>70</sup>

Teilrechtsfähige Anstalten verfügen nur in bestimmten Bereichen über Rechtsfähigkeit und sind daher auch nur insoweit selbst Verwaltungsträger<sup>71</sup>. Im Übrigen bleiben sie Teil der unmittelbaren Verwaltung eines anderen Verwaltungsträgers. Das Vermögen teilrechtsfähiger Anstalten ist ein nichtrechtsfähiges Sondervermögen des Anstaltsträgers; vermögensrechtlich sind diese Anstalten Dritten jedoch gegenüber Zurechnungs- und Haftungseinheiten<sup>72</sup>.

## **2. Trägerschaft**

Anstalten können auch nach ihrem Träger unterschieden werden. Jede juristische Person kann Träger einer Anstalt sein. In Betracht kommt daher eine Trägerschaft von Bund (Bsp.: Bundesanstalt für Wasserbau) und Ländern (Bsp.: Talsperrenbetrieb Sachsen-Anhalt), Kommunen (die etwa Stadtwerke, Abfallentsorgungs-, Wasserversorgungsbetriebe u.ä. in der Form der AöR führen können) sowie rechtsfähigen Anstalten, Stiftungen und Körperschaft des öffentlichen Rechts.

---

<sup>66</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 48.

<sup>67</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 83.

<sup>68</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 50.

<sup>69</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 48; Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 77;

<sup>70</sup> Cronauge: Kommunale Unternehmen, Rn. 51; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 30.

<sup>71</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 78; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 32 und 38.

<sup>72</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21 Rn. 10 und § 23 Rn. 48.

<sup>72</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 30.

### **3. Art der wahrgenommenen Aufgabe**

Eine weitere Differenzierung kann auch nach der Art der von der Anstalt erfüllten Aufgabe vorgenommen werden. Die AöR können insbesondere Ordnungs- und Eingriffs-, wirtschaftslenkende und –fördernde, kulturelle, Ver- und Entsorgungs-, forschende und bildungstechnische Aufgaben wahrnehmen<sup>73</sup>. Es gibt nahezu keine Begrenzung eines denkbaren Aufgabefeldes; genannt seien insofern die Rundfunk- und Strafanstalten, die Museen, Schulen Forschungs-, Bank-, Handwerks- und Abwasserbeseitigungsanstalten. Daher ist es durchaus berechtigt, die Anstalt als multifunktional anzusehen.

### **4. Sonstige Einteilung**

Weiterhin lassen sich die Anstalten nach ihrer Organisationsart, Ausgabendeckung, Benutzungsart und der Art der Ausgestaltung ihres Benutzungsverhältnisses (privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich) unterscheiden<sup>74</sup>.

### **5. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes**

Im Folgenden wird der Fokus auf rechtsfähige Anstalten in kommunaler Trägerschaft gelegt. Es handelt sich dabei um die in einigen Bundesländern als „Kommunalunternehmen“<sup>75</sup> bekannten Anstalten des öffentlichen Rechts, mittels derer sich die Gemeinden (wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich) betätigen. Der Kreis der von Anstalt wahrnehmbaren Aufgaben kann und wird in der Arbeit nicht gegenständlich begrenzt werden, da sich die Betätigung der Gemeinden durch eigene Unternehmen in der Praxis als vielgestaltig erweist; eine Beschränkung der Betrachtung auf eine bestimmte Art von Aufgaben wäre also nicht zweckmäßig.

Die kommunalen Unternehmen werden im Rahmen der Untersuchung anderen Organisationsformen gemeindlicher Unternehmen, d.h. Kapitalgesellschaften, Eigen- und Regiebetrieben gegenübergestellt.

Im Übrigen wird die Anstalt nicht nach Unterformen und –arten unterschieden werden.

---

<sup>73</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 33; Püttner, Unternehmen, S. 52 ff.

<sup>74</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 34 ff.; Kirk, Die öffentliche Verwaltung der BRD, S. 29 f.

<sup>75</sup> Art. 89 Abs. 1 S. 1 BayGO.



### **III. Beispiele für kommunale Anstalten**

Im Folgenden sollen – um ihre Praxisrelevanz zu verdeutlichen – einige konkrete kommunale Unternehmen, die das Rechtskleid der AöR übergestreift haben, dargestellt werden.

#### **1. Entsorgungswirtschaft des Landkreises Harz AöR (enwi)**

Das Abfallentsorgungsunternehmen wurde am 13.12.2007 mit Beschluss des Kreistages des aus den sachsen-anhaltinischen Landkreisen Wernigerode, Quedlinburg und Halberstadt neu gebildeten Landkreises Harz gegründet<sup>76</sup>. Die Wahl der Rechtsform der Anstalt geht auf Präferenzen und Drängen des Unternehmensvorstandes zurück, die Landräte standen der Anstaltsform anfänglich skeptisch gegenüber.

Geboren wurde das Unternehmen bereits 1991. Damals wurde die Abfallentsorgung als Selbstverwaltungsaufgabe von jedem der Landkreise (Quedlinburg, Wernigerode, Halberstadt) selbst und zum Teil auch von Privaten wahrgenommen, bis man sich 1994 entschloss, diese Aufgabe zu zentralisieren und in der Zweckverbandsform zu erledigen. Ergebnis war die Gründung des „Nordharz Abfallentsorgungsverbandes“.

Als Vorteile eines solchen Zweckverbandes wurde herausgearbeitet, er arbeite kostengünstig und bürgernah, biete eine flache Hierarchie, kurze Abstimmungs- und Entscheidungswege und ermögliche ein eigenverantwortliches, von Interventionen seitens der Kreistage weitgehend freigehaltenes Arbeiten<sup>77</sup>.

Im Jahre 2005 wurden die drei Landkreise im Rahmen der Kreisgebietsreform zum Landkreis Harz zusammengelegt, der Zweckverband Nordharz bestand folglich nur noch aus einem Mitglied. § 13 Abs. 2 der Satzung des Zweckverbandes Nordharz sah in diesem Falle die Auflösung des Zweckverbandes vor, weshalb man sich nunmehr mit der Frage beschäftigen musste, wie – und vor allem in welcher Organisationsform - die Aufgabe der Abfallentsorgung fortan erledigt werden sollte. In Betracht gezogen wurden die Rechtskleider der GmbH, des Amtes, des Eigenbetriebs und der AöR.

Gegen die GmbH entschied man sich einerseits deshalb, weil der Erlass von Gebührensatzungen, Verwaltungsakten und ihre zwangsweise Durchsetzung ohne Weiteres nicht möglich gewesen wären. Andererseits kann und konnte die Aufgabe der Abfallentsorgung nach den ge-

---

<sup>76</sup> Zur Unternehmensgeschichte siehe das Gesprächsprotokoll mit dem Vorstand *Michael Dietze*, angefügt im Anhang.

<sup>77</sup> *Dietze*, Gesprächsprotokoll, 10.04.2014, angefügt im Anhang.

setzunglichen Bestimmungen<sup>78</sup> nicht vollständig auf einen Rechtsträger privater Form übertragen werden, mit anderen Worten ein Rumpf an Aufgaben musste immer in der Kernverwaltung beim öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger – dem Landkreis – verbleiben.

Daher schied auch das Amt als Rechtskleid aus, hätte doch insofern gar keine Ausgliederung der Aufgabe aus der Kernverwaltung stattfinden können, sondern wäre Teil dieser geblieben. Die Eigenbetriebsform, die wie erwähnt als nichtrechtsfähige Anstalt angesehen wird<sup>79</sup>, hätte eine gewisse organisatorische Verselbständigung mit sich gebracht, als das Unternehmen als Sondervermögen des Landkreises verwaltet hätte werden können, ohne dass der Landkreis seinen Einfluss auf die Unternehmensführung verliert. Der Eigenbetrieb erschien deshalb als besonders attraktiv, da Gewinne und Rückstellungen – vorübergehend – auch für andere, unternehmensexterne Gemeindezwecke hätte verwendet können, vgl. § 13 I, III EigBG LSA<sup>80</sup>. Dies bot einen finanziellen Reiz aus Sicht der Kommunalpolitiker, weshalb eine deutliche Präferenz für den Eigenbetrieb zum Ausdruck kam.

Die Unternehmensleitung gab dann aber den Denkanstoß in Richtung der bis dato wenig bekannten Organisationsform der rechtsfähigen AöR. Als wesentlicher Vorteil der Anstalt wurde angeführt, die Anstalt könne sich vollständig unter die Aufgabe der Daseinsvorsorge unterordnen, während der Eigenbetrieb im Wesentlichen von gemeindepolitischen Interessen gesteuert würde, was v.a. mit seiner rechtlichen Unselbständigkeit zusammenhänge. Da die Unternehmensleitung freier und eigenverantwortlich agieren könne, könnten die Anstaltsleistungen schneller und flexibler an veränderte Umstände angepasst werden; zugleich würde Bürgernähe erreicht, da man mehr Sachnähe besitze und die Kommunikation einfacher zu bewerkstelligen sei. Nicht zuletzt könne mithilfe der Anstalt der Status quo des Zweckverbandes Nordharz aufrecht erhalten bleiben. Die in der Zweckverbandssatzung enthaltenen Bestimmungen würden sich in die Anstaltsverfassung integrieren lassen.

Aus diesen Gründen entschied man sich letztlich für die Anstaltsform.

Diese Organisationsform hat sich bis heute bewährt. Die Anstalt arbeitet kostendeckend und konnte bisher erhebliche Rücklagen bilden.

---

<sup>78</sup> § 3 AbfG LSA, 01.02.2010, GVBl. LSA 2010, 44.

<sup>79</sup> Siehe Kapitel 2 A. II. 1.

<sup>80</sup> EigBG LSA, GVBl. LSA 1997, 446.

## **2. Stadtwerke Leer AöR**

Bei den Stadtwerken Leer AöR<sup>81</sup> handelt es sich um ein niedersächsisches kommunales Unternehmen, welches die Aufgaben der Stadtentwässerung, Trinkwasserversorgung, des Hafenbetriebs und sonstige städtische Dienstleistungen wahrnimmt. Anhand dieses breiten Aufgabenspektrums wird deutlich, dass sich unter dem Dach der Anstalt durchaus unterschiedliche öffentliche Zwecke zusammenfassen lassen. Hierdurch können Ressourcen gespart und Synergieeffekte, durch die Nutzung des in der Anstalt vorhandenen Personals und ihrer sächlichen Mittel, erzielt werden. Der Kommune wird in diesen Bereichen Verwaltungsaufwand abgenommen, sie kann sich auf die Überwachung der Unternehmenstätigkeit beschränken, ohne dass ihr Steuerungsmöglichkeiten verlustig gingen.

Im Jahre 1953 gegründet wurden die Stadtwerke noch in Form eines Eigenbetriebs der Stadt Leer und des Landkreises betrieben. Vier Jahre später wurde das Unternehmen in eine GmbH umgewandelt. Deren Geschäftsfeld war beschränkt auf den Bereich der Wasserversorgung und des Hafenbetriebs. 1958 schied der Landkreis Leer als Gesellschafter aus der GmbH aus. 50 Jahre später wurden die Stadtwerke Leer AöR gegründet. Die Stadtwerke Leer GmbH und der städtische Bereiche Baubetriebshof und Abwasserentsorgung wurden hierfür durch Umwandlungsbeschluss vom 13.12.2007 zu dieser Anstalt zusammengefasst. Damit konnten das Geschäftsfeld des kommunalen Unternehmens ausgedehnt und die Vorteile der neuen Organisationsform aktualisiert werden.

Der Verwaltungsrat, also das Aufsichtsorgan der Anstalt, bildet die Stärkeverhältnisse der politischen Parteien des Gemeinderats ab<sup>82</sup>. Informationen darüber, dass hierdurch die Entscheidungen und die Führung des Unternehmens politisiert worden sind und hierunter die Qualität der Aufgabenerfüllung fortwährend leidet, liegen nicht vor, sind nicht Gegenstand eines öffentlichen Diskurses.

---

<sup>81</sup> Internetauftritt: <http://www.stadtwerke-leer.de/dienstleistungen.html>, zuletzt aufgerufen am 11.01.2017 um 22:37 Uhr.

<sup>82</sup> Vgl. <http://www.stadtwerke-leer.de/unternehmen/vorstand-verwaltungsrat.html>, zuletzt aufgerufen am 11.01.2017 um 23:05 Uhr.

### **3. Kommunale Betriebe Soest AöR**

Die Möglichkeit der Aufgabenbündelung und der dadurch bewirkten Haushaltsentlastung hat auch die Stadt Soest – in Nordrhein-Westfalen gelegen - im Jahre 2007 zur Gründung der „Kommunale Betriebe Soest AöR“ (KBS) bewogen<sup>83</sup>. Ein weiterer Grund für den Rückgriff auf diese Organisationsform war der Erhalt kommunaler Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten.

Das Unternehmen wurde bei seiner Errichtung mit den Aufgaben des Abwasserwerkes, des Kommunalbetriebs und der Friedhofsunterhaltung betraut. Zum 01.01.2008 erfolgte die Übertragung weiterer Aufgaben in den Geschäftsfeldern der städtischen Abteilung Straßen, Gewässer, Grün. Im Jahre 2009 wurde die KBS schließlich mit der Betriebsführung der eigenbetriebsähnlichen Einrichtung „Zentrale Grundstückswirtschaft der Stadt Soest ZGW“ beauftragt, um trotz getrennter Rechtspersönlichkeiten ein einheitliches Vorgehen bei der Aufgabenwahrnehmung zu ermöglichen. Sozial- bzw. arbeitspolitisch positiv hervorzuheben ist, dass die ehemaligen Mitarbeiter der städtischen Abteilung „Zentrale Gebäudewirtschaft“ auf die Anstalt übergeleitet werden konnten und nunmehr mit der Durchführung der Betriebsführung der ZGW betraut wurden. Durch einen zwischen der ZGW und der Anstalt vereinbarten Dienstleistungsvertrag konnte die Anstalt fortan die der ZGW zugewiesenen Aufgaben der Betreuung von Grundstücken und Immobilien übernehmen.

Am Beispiel der KBS lässt sich verdeutlichen, dass die Unternehmensform der AöR in besonderem Maße transparent operiert. So werden etwa die Jahresabschlüsse ebenso wie die Bilanzen und die Gewinn- und Verlustrechnungen der Anstalt selbst wie von den mit ihr kooperierenden bzw. von ihr betreuten Unternehmen öffentlich bekannt gemacht. Die Organisationsstrukturen sind durchsichtig und überschaubar. Sie werden der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Dies befördert das Vertrauen der Bürger in die Ordnungsmäßigkeit und Zuverlässigkeit der Aufgabenerledigung.

Die notwendigen Leistungsstandards im Rahmen der Wahrnehmung verschiedenster Aufgaben der Daseinsvorsorge wurden mit der Anstalt immer erreicht.

---

<sup>83</sup> [http://www.soest.de/buergerservice\\_politik/kbs/unternehmen/entwicklung.php](http://www.soest.de/buergerservice_politik/kbs/unternehmen/entwicklung.php), zuletzt aufgerufen am 11.01.2017 um 23.32 Uhr.

#### **4. Beispiele für gemeinsame kommunale Anstalten**

Gemeinsame kommunale Anstalten, als Organisationsformen für eine interkommunale Zusammenarbeit werden gegründet, um Synergieeffekten zu erzielen und so Kosten bei der Wahrnehmung von Aufgaben einzusparen.

Die hessischen Städte Dreieich und Neu-Isenburg errichteten im Jahre 2014 den „Dienstleistungsbetrieb Dreieich und Neu-Isenburg AöR“. Dieser wurde mit den Aufgaben der Abfallwirtschaft, der Straßenreinigung und des Winterdienstes sowie der Instandhaltung und Pflege der Grün- und Spielflächen, der Straßenunterhaltung und des Betriebs von Werkstätten und Hilfsbetrieben betraut.

Beteiligte der „GfA Lüneburg - gemeinsame kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts (gkAöR)“ sind die Stadt und der Landkreis Lüneburg im Bundesland Niedersachsen. Die Anstalt nimmt die Aufgaben der Abfallentsorgung wahr.

Das „Gebäudemanagement Uelzen / Lüchow-Dannenberg - gAöR bewirtschaftet die öffentlichen Liegenschaften und Gebäude des Landkreises Lüchow-Dannenberg, der Stadt Uelzen und des Landkreises Uelzen, welche sich ebenfalls in Niedersachsen befinden.

Das gemeinsame Kommunalunternehmen „KommunalBIT“ der bayerischen Städte Erlangen, Fürth und Schwabach führt für diese IT-Dienstleistungen auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnik aus<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup>

Ein Erfahrungsbericht steht auf der Internetseite des Unternehmens zum Download zur Verfügung: <https://www.regierung.unterfranken.bayern.de/aufgaben/ikz/00380/index.html>, zuletzt aufgerufen am 12.01.2017 um 15.30 Uhr.

## **Kapitel 3**

### **Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen**

Bevor auf die Privatisierungen und die Anstalt des öffentlichen Rechts eingegangen werden kann, sind zunächst die historischen, rechtlichen und sonstigen Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen zu erläutern, da nur so Anforderungen an die Organisationsform der kommunalen Betriebe deduziert werden können. Erst dann können die jeweiligen Rechtskleider daraufhin untersucht werden, ob sie den verfassungs- und einfachrechtlichen Strukturprinzipien entsprechen und in welchen Bereichen Reformbedarf besteht. Ferner erklärt sich erst vor diesem Hintergrund die Prämisse, dass die Anstalt mit Blick auf ihre Vor- und Nachteile verglichen mit anderen Organisationsformen das geeignetste Rechtskleid für die öffentliche Hand ist.

#### **A. Aktuelle Herausforderungen**

Kam es Anfang der 1990er Jahre noch zu einem Rückgang der kommunalen Investitionen in unter eigener Regie geführten Betrieben, kann heute von einem Rekommunalisierungstrend gesprochen werden<sup>85</sup>. Die Gründe für diese Entwicklung sind vielschichtig. Die Republizierungswelle wird vor allem von der aufgrund der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/2009 gewonnenen Erkenntnis vom Versagen privatwirtschaftlicher Mechanismen getragen<sup>86</sup>. Die Republizierung wird daher auch als „krisenhaftes Phänomen“ bezeichnet<sup>87</sup>. Auch das Profitstreben privater Akteure lässt Zweifel an der sichergestellten Verfolgung von Daseinsvorsorgeaufgaben aufkommen und zwingt die gemeindlichen Akteure kommunalpolitisch zu intervenieren<sup>88</sup>. Zusätzlich versuchen sich die Kommunen in Zeiten finanzieller Not neue Einnahmequellen zu sichern<sup>89</sup>. Daneben dürften aber auch geänderte europarechtliche Bedingungen im Abfall- und Energierecht eine Rolle spielen, die kommunale Wirtschaftstätigkeit – auch räumlich<sup>90</sup> - auszudehnen<sup>91</sup>. Wobei durch eine Erledigung in Privatrechtsform mangels unmit-

---

<sup>85</sup> Sonder, LKV 2013, 202.

<sup>86</sup> Sonder, LKV 2013, 202; Bauer, in: *Bauer/Büchner/Hajasch*, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 23.

<sup>87</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindewirtschaftsrecht des BDI, S. 9.

<sup>88</sup> Sonder, LKV 2013, 202.

<sup>89</sup> Mehde, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 28 Abs. 2, A., VII., Rn. 35; *Ronellenfitsch, M./Ronellenfitsch, L.*, in: *H/U/R*: Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1 Rn. 20; *Berg*, WiVerw 2000, 141; *Erlenkämper*, NVwZ 1999, 1295 (1298); *Otting*, DVBl. 1997, 1258 f.

<sup>90</sup> *Ronellenfitsch, M./Ronellenfitsch, L.*, in: *H/U/R*: Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1 Rn. 23 ff.

telbar bindender öffentlich-rechtlicher Restriktionen die Gefahr besteht, diese räumlich und sachlich angestrebte Expansion nur in kommerziell interessanten Bereichen durchzuführen<sup>92</sup>.

Neben dem Prozess der Rekommunalisierung, bei dem es um die Frage geht, ob sich die Verwaltung selbst wieder der Erledigung einer Aufgabe annehmen kann bzw. sollte, ist zu beobachten, dass sich die öffentliche Verwaltung bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben zunehmend verselbständigter Institutionen bedient. Eine Betätigung im Rahmen der Kernverwaltung nimmt ab. Dies führt zu einer Auflösung der „Einheit der Verwaltung“<sup>93</sup> bzw. zur Zersplitterung ihrer Aufgabenwahrnehmung. Ursächlich für die progressive Ausgliederungspraxis sind eine stärkere betriebswirtschaftliche Ausrichtung der Verwaltung aufgrund finanzieller Engpässe, der Wunsch nach der Flucht aus dem öffentlichen Dienstrecht wegen seiner starren Bindung an das Tarifrecht, aber auch Liberalisierungsinitiativen seitens der EU, durch welche zunächst abgeschottete Märkte dem Wettbewerb zugänglich gemacht werden<sup>94</sup>. Andererseits tragen aber auch europarechtliche Vorgaben zu einer Einschränkung kommunaler Wirtschaftstätigkeit bei. So ergaben sich aus Judikaten des EuGH etwa Begrenzungen für Inhouse-Vergaben. Inhouse-Vergaben stellen Kommunen grundsätzlich von der Anwendung des Vergaberechts frei, fehlt es doch hierbei normativ grundsätzlich an einer Personenverschiedenheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer<sup>95</sup>. Schon minimale Beteiligungen privater Akteure an kommunalen Unternehmen bedingen hingegen die Anwendung des Vergaberechts<sup>96</sup>. Grund hierfür ist die Gewährleistung von Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung aller Bieter und von Transparenz im Wettbewerb. Über private Beteiligungen an öffentlichen Auftraggebern, die über Inhouse-Vergaben ausschreibungsfrei einen Auftrag erhielten, könnten sonst auch private Akteure hieran partizipieren, ohne den strengen Regeln des Vergaberechts unterworfen zu sein.

Inhouse-Vergaben waren und sind auch im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit möglich, d.h. bei einer Beteiligung mehrerer öffentlicher Auftraggeber an einem wirtschaftlichen Unternehmen. Der EuGH hatte einst stipuliert, dass öffentliche Minderheitsbeteiligte im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit einen Einfluss auf die Geschicke und Leitung des Unternehmens nehmen können müssen, um sich von den Vorgaben des Vergaberechts zu

---

<sup>91</sup> *Sonder*, LKV 2013, 202, vgl. auch dessen Ausführungen zu weiteren Gründen für die Republizifizierung.

<sup>92</sup> *Ronellenfötsch, M./Ronellenfötsch, L.*, in: *H/U/R: Handbuch Kommunale Unternehmen*, § 1 Rn. 26.

<sup>93</sup> *Bremeier/Brinckmann/Killian*, Public Governance, S. 9; *Ehlers*, DÖV 1986, 897.

<sup>94</sup> *Bremeier/Brinckmann/Killian*, Public Governance, S. 16 ff.

<sup>95</sup> *Knauff*, EuZW 2013, 110 (112) mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 18.11.1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 - Teckal = EuZW 2000, 246; Näheres zum Vergaberecht siehe Kapitel 5 C. II. 13.

<sup>96</sup> EuGH, Urt. v. 11.01.2005, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 – Stadt Halle = EuZW 2005, 86.

befreien<sup>97</sup>. Nunmehr sieht Art. 12 Abs. 4 der RL 2014/24/EU<sup>98</sup> lediglich vor, dass die Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber, die zum Zwecke der Erfüllung gemeinsamer Ziele erfolgen, ausschließlich durch Überlegungen in Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt werden müssen und die Beteiligten weniger als 20 % ihrer Tätigkeiten auf dem offenen Markt erbringen dürfen.

In kleineren Gemeinden mit 10 000 – 20 000 Einwohnern dominiert noch die Aufgabenerledigung in Form von Regiebetrieben, größere Städte tendieren zur Wahl der privaten Organisationsform<sup>99</sup>. In der Tat bieten sich hier selbständige Verwaltungseinheiten zur Erledigung öffentlicher Aufgaben an, da sonst der Rumpf der Kernverwaltung enorm aufgebläht würde, wollte man die zahlreichen Betätigungsfelder der Gemeinde zu integrieren suchen. Die Wahl der privaten Organisationsform – wie etwa der GmbH oder AG – ist hierfür indes nicht zwingend, da auch die AöR eine selbständige, ausgegliederte Verwaltungseinheit darstellt. Festhalten lässt sich gleichwohl, dass die Wahl der Organisationsform weniger von der Größe der betreffenden Gemeinde als von ihrem Interesse an der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und der von diesem wahrgenommenen Aufgabe abhängt<sup>100</sup>, insbesondere Wirtschaftlichkeitserwägungen veranlassen zur Wahl ausgegliederter Einrichtungen. Eine Präferenz für die Gesellschaftsform gegenüber der Organisationsform der AöR kann indes nicht ausgesprochen werden, wenn es um die Frage der wirtschaftlicheren Rechtsform geht. Bisher existieren keine aussagekräftigen empirischen Belege dafür, dass private Unternehmensformen wirtschaftlicher handeln als öffentlich-rechtliche. Sofern sich dies singulär nachweisen ließe, könnte ursächlich hierfür überhaupt nur das Fehlen strategischen Managements in öffentlichen Unternehmensformen sein<sup>101</sup>. Wenn der Wunsch nach mehr Wirtschaftlichkeit in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen besteht, könnte ein strategisches Management auch mittels Anwendung des sogenannten „Neuen Steuerungsmodells“ eingeführt werden. Die Einführung betriebswirtschaftlicher Steuerungselemente zur Verwaltungseffektivierung hat in den letzten Jahren bereits begonnen<sup>102</sup>. Entwickelt wurde dieses Modell von der „Kommunalen Gemeinschaftsstelle“ (KGSt). Mittels Zusammenführung von dezentraler Aufgaben- und Res-

---

<sup>97</sup> EuGH, Urt. v. 29.11.2012 – C-182/11, C-183/11, ECLI:EU:C:2012:758 – Econord Spa = EuZW 2013, 110.  
<sup>98</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. EU L 94/65 (AVR).  
<sup>99</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 18.  
<sup>100</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 18.  
<sup>101</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 19 Fn.11.  
<sup>102</sup> Mühl-Jäckel, in: Bauer/Büchner/Hajasch: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 36.



sourcenverantwortung<sup>103</sup> – d.h. der Zuteilung von Budgets an die jeweiligen Fachbereiche, welche anschließend eigenverantwortlich verwaltet und eingesetzt werden – soll eine outputorientierte, rationalisierte Leistungssteigerung bewirkt werden<sup>104</sup>.

Erkennbar ist eine verstärkte Tendenz bzgl. der Wahl der privaten Organisationsform v.a. in ostdeutschen Bundesländern, was darauf zurückzuführen sein könnte, dass es bis zur Wiedervereinigung an einer öffentlich betriebenen Daseinsvorsorge und an privat organisierten Unternehmenseinheiten gegenüber den DDR-Staatsbetrieben fehlte, die Privatwirtschaft daher als Novum erschien und so einen großen Reiz ausübte<sup>105</sup>. In den 1990er Jahren wurden denn auch zahlreiche Konzessionsverträge mit 20-30-jährigen Laufzeiten mit Privaten geschlossen<sup>106</sup>, welche nun nach und nach auslaufen. Deshalb müssen sich die Gemeinden nunmehr mit der Frage befassen, ob sie die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen weiterhin der Privatwirtschaft überantworten oder nun in eigener Regie erledigen wollen.

Zusammenfassend lassen sich stichwortartig folgende Problemkreise festhalten, die die Kommunen im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Betätigung und Erfüllung ihrer Daseinsvorsorgeaufgabe bewältigen müssen: Finanznot, demografischer Wandel, Globalisierung und Auslaufen von Konzessionsverträgen.

Besonders der demografische Wandel erscheint schwer zu bewältigen<sup>107</sup>: Die Veränderung in der Bevölkerungsstruktur hat vor etwa 30 Jahren begonnen und zeichnet sich vor allem durch Veralterung der Einwohner wegen höherer Lebenserwartung, ein Absinken des Geburtenniveaus und durch trans- sowie nationale Ein- und Auswanderungen, bedingt durch lokal divergierende Arbeits- und Lebensbedingungen aus<sup>108</sup>. Dementsprechend müssen die Kommunen ein qualitativ und quantitativ ausgewogenes und abgestimmtes Angebot an Daseinsvorsorgeleistungen (insbesondere Sicherung von Unterhalt, Obdach und Pflege) bereithalten. Regionen, die sich wegen zunehmender Abwanderungen mit Nutzerwegfällen konfrontiert sehen, müssen ihre Einrichtungen an den nunmehr abgesunkenen Bedarf anpassen<sup>109</sup>, etwa indem bestimmte Dienstleistungen künftig nicht mehr offeriert werden oder indem nunmehr der

---

<sup>103</sup> Otting, DVBl. 1997, 1258.

<sup>104</sup> Ronellenfitsch, M./Ronellenfitsch, L., in: H/U/R: Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1 Rn. 21.

<sup>105</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 20.

<sup>106</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 28 Abs. 2, A., VII., Rn. 34; Bauer, in: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 19.

<sup>107</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 28 Abs. 2, A., VII., Rn. 34.

<sup>108</sup> Bauer, in: Bauer/Büchner/Gründel: Demografie im Wandel, S. 11 ff.; vgl. auch Appel, LKV 2005, 377 ff.

<sup>109</sup> Sonder, LKV 2013, 202; Bauer, in: Bauer/Büchner/Gründel: Demografie im Wandel, S. 17 f.; Mäding, in: Bauer/Büchner/Gründel: Demografie im Wandel, S. 35; Appel, LKV 2005, 377 (379).

Schwerpunkt auf die Bedürfnisse der älter werdenden Bevölkerung gelegt wird via Ausbau von Pflege- und Altenheimen<sup>110</sup>. Ein etwaiger Rückbau gemeindlicher Unternehmen könnte aber einen Abwärtsspiraleffekt zeitigen, wird doch der kommunale Standort aufgrund eines eingeschränkten Daseinsvorsorgeangebots weniger attraktiv, sodass mehr und mehr junge Leute die Region verlassen. Dies muss die Kommune bei ihrer Planung berücksichtigen und flexible Nutzungskonzepte entwickeln, die einerseits auf einen gesunkenen Bedarf an Versorgungs- und Infrastrukturleistungen reagieren können, aber andererseits frei gewordene Kapazitäten möglicherweise anderweitig sinnvoll einsetzen, ohne dass das Angebot an Dienstleistungen in der Kommune zu einseitig wird<sup>111</sup>. Dafür ist insbesondere auch die **Wahl der richtigen Organisationsform** entscheidend, die flexibel an die jeweiligen Wünsche und gewandelte Aufgabenanforderungen angepasst werden kann.

Vorstehende Ausführungen lassen eine Notwendigkeit für eine Assimilierung der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen erkennen. Ein Patentrezept gibt es indessen nicht, um insbesondere dem demografischen Wandel erfolgreich zu begegnen. Erforderlich ist eine individuelle Adaption an die örtlichen Gegebenheiten. Für viele Kommunen mag auch das Instrument der interkommunalen Zusammenarbeit – etwa über die Gründung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt – ein probates Mittel sein, eine Nutzungsauslastung ihres Unternehmens zu erreichen. Andere Gemeinden könnten möglicherweise auf die Gründung eines Dachunternehmens – auch hier bietet sich die AöR wegen ihrer flexiblen Organisationsstruktur an – zurückgreifen, welches über die „gemeinsame“ Nutzung von Sachmitteln, Sachverstand und Personal Synergieeffekte freimacht und gleichzeitig mit einem vielfältigen Leistungsangebot aufwartet.

So können denn die an die Kommunem herangetragenen Herausforderungen auch als Chance begriffen werden, den eigenen Verwaltungsapparat, Aufgaben und Struktur zu überdenken, zu effektivieren und zu modernisieren<sup>112</sup>.

## **B. Geschichtlicher Überblick**

Nicht nur die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen an sich, sondern speziell auch ihre

---

<sup>110</sup> Appel, LKV 2005, 377 (379).

<sup>111</sup> Vgl. Bauer, in: Bauer/Büchner/Gründel, Demografie im Wandel, S. 18 f.

<sup>112</sup> So auch Appel, LKV 2005, 377 (380).

Praxis der Aufgabenausgliederung, hat eine längere Tradition. Sie hat in der Zeit der Industrialisierung begonnen<sup>113</sup>, in welcher vor allem Nahverkehrsbetriebe, Unternehmen der Gesundheitsvorsorge und Stadtwerke über eigenständige Einrichtungen betrieben wurden. Ziel war es, privatwirtschaftlich vernachlässigte Bereiche zu übernehmen bzw. eine Monopolkontrolle einzuführen<sup>114</sup>. Im Rahmen der zügigen Städteexpansion wurden vor allem gemeindliche Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgungsunternehmen geschaffen. Diese Bereiche sind folglich historisch gewachsen und werden auch heute noch von der Kommunalwirtschaft abgedeckt<sup>115</sup>.

Mit der Abschaffung des gemeindlichen Zuschlagsrechts für die Einkommenssteuer über die Erzbergersche Finanzreform in der Weimarer Republik<sup>116</sup> war der Wegfall einer wesentlichen Einnahmequelle für die Kommunen verbunden, weshalb nunmehr die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Unternehmen an Bedeutung gewann<sup>117</sup>. Die kommunale Wirtschaftsbe-  
tätigung dehnte sich auch in den Bereich der reinen Erwerbsbetätigung aus<sup>118</sup>.

Durch Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 06.10.1931 wurde versucht, der Verflechtung von Sparkassen und Gemeinden vorzubeugen und einen Beitrag zur Verselbständigung der Sparkassen zu leisten, insbesondere Spareinlagen dem Zugriff des Kämmers zu entziehen<sup>119</sup>. In diesem Rahmen wurden Sparkassen zu „Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit“ umgestaltet, doch blieb diese Organisationsform ein Privileg für Sparkassen, eine Ausdehnung auf kommunale Unternehmen erfolgte nicht.

Positive Wirtschaftlichkeitseffekte und eine Eindämmung der ausufernden kommunalen Wirtschaftstätigkeit zu Lasten der Privatwirtschaft<sup>120</sup> versprach man sich von Privatisierungen in der Phase vor dem 2. Weltkrieg. Die deutsche Gemeindeordnung von 1935<sup>121</sup> und die Eigenbetriebsverordnung von 1938<sup>122</sup> knüpften das gemeindliche Unternehmertum an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen<sup>123</sup>: Mit § 67 der DGO wurden die Bindung an einen öffentlichen Zweck und die Leistungsfähigkeit der Gemeinde sowie der Subsidiaritätsgedanke normiert.

---

<sup>113</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 15; Mann, VR 1996, 230; Püttner, Unternehmen, S. 10.

<sup>114</sup> Mann, VR 1996, 230.

<sup>115</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 8 und Fn. 7.

<sup>116</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 8.

<sup>117</sup> Mann, VR 1996, 230; Berg, WiVerw 2000, 141.

<sup>118</sup> Mühl-Jäckel, in: Bauer/Büchner/Hajasch: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 36.

<sup>119</sup> Mann, VR 1996, 230 (231).

<sup>120</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 9.

<sup>121</sup> Vgl. insbesondere die §§ 67 ff. der DGO vom 30. Januar, 1935, RGBI. I 1935, S. 49.

<sup>122</sup> Eigenbetriebsverordnung vom 21. Dezember 1938, RGBI. I 1938, S. 1650.

<sup>123</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 15.

Die Eigenbetriebsverordnung, mit welcher der Eigenbetrieb als fakultative Organisationsform in die kommunale Wirtschaft eingeführt wurde, bedingte die Implementierung eines Novums, namentlich die Ausgliederung des Eigenbetriebsvermögens aus dem der allgemeinen Verwaltung als Sondervermögen der Gemeinde<sup>124</sup>.

Fortgesetzt wurde die Entwicklung zur Beschränkung kommunalen Wirtschaftens nach 1945 durch die sukzessive Umwandlung von Eigenbetrieben in kommunale Eigengesellschaften<sup>125</sup>; nach der „Wende“ wurde aber vornehmlich in den sogenannten „Neuen Bundesländern“ die Aufgabenerledigung direkt auf Private übertragen<sup>126</sup>.

### **C. Kommunale Unternehmen als Bestandteil der Verwaltung**

Die kommunalen Unternehmen fügen sich formell und materiell in die allgemeine Gemeindeverwaltung ein<sup>127</sup>. Abhängig von ihrer jeweiligen Rechtsform sind sie entweder selbst Gemeinde (so etwa bei den Regie- und Eigenbetrieben) oder sie sind zumindest eine der Kommune zugeordnete juristische Personen. Dies betrifft mithin die formelle Frage der An- und Eingliederung der Unternehmen. In materieller Hinsicht haben die gemeindlichen Unternehmen instrumentalen Charakter, dienen sie doch der Kommune zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben. Letzteres kommt in den Gemeindeordnungen darin zum Ausdruck, dass sich die kommunale Wirtschaftstätigkeit bzw. die Betätigung gemeindlicher Unternehmen nur rechtfertigen lässt, wenn sie von einem öffentlichen Zweck getragen wird<sup>128</sup>. Bestimmte Aufgabenbereiche innerhalb der Kommunalverwaltung können den Unternehmen allerdings nicht pauschal zugeordnet werden, da ihre Betätigungsfelder äußerst breit gefächert sind<sup>129</sup>. Kommunale Unternehmen tragen einen Teil zur Auflösung oder Auflockerung der Einheit der Verwaltung bei: Sie haben eigene Zuständigkeiten und Befugnisse, weshalb in der Gemeinde verschiedene Kompetenzträger dem Bürger gegenüber auftreten.

In diesem Kontext lässt sich auch der Trend auf kommunaler Ebene in Richtung Dezentralisierung und Dekonzentration einordnen<sup>130</sup>, was nicht zwingend als Kritik zu begreifen ist.

---

<sup>124</sup> Mann, VR 1996, 230 (232).

<sup>125</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 16; Mann, VR 1996, 230 (233).

<sup>126</sup> Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 16.

<sup>127</sup> Vgl. Püttner, Unternehmen, S. 217.

<sup>128</sup> Baden-Württemberg: § 102 GO; Bayern: Art. 86, 87 GO; Brandenburg: § 91 BbgKVerf; Bremen: 65 LHO; Hessen: § 121 HGO; Mecklenburg-Vorpommern: § 68 KV; Niedersachsen: § 136 NKomVG; Nordrhein-Westfalen: § 107 GO NW; Rheinland-Pfalz: § 85 GemO; Saarland: § 108 KSVG; Sachsen: § 94a GO; Sachsen-Anhalt: § 128 KVG; Schleswig-Holstein: § 101 GO; Thüringen: § 71 KO.

<sup>129</sup> Püttner, Unternehmen, S. 218.

<sup>130</sup> Vgl. Oldiges, NVwZ 1987, 737 (740 f., 744).

Vielmehr können so innerhalb des Staates die Mächte auch auf horizontaler Ebene verteilt und ausgeglichen werden<sup>131</sup>. Dies stellt im gemeindlichen Bereich die Kommunen aber vor die Aufgabe, die Tätigkeiten ihrer Einrichtungen und Stellen zu koordinieren und zu steuern<sup>132</sup>. Jene Problematik wird in der Literatur unter den Begriff „Konzern Stadt“ gefasst<sup>133</sup>, in dessen Rahmen die Kommune dafür Sorge zu tragen hat, ihre Unternehmen zu beherrschen, d.h. ausreichend Einfluss auf deren Geschicke und Entscheidungen zu nehmen und so auch einen Beitrag zu leisten, der organisatorischen Zersplitterung Herr zu werden. Sie sollte sich also zur Aufgabe machen, gesamtpolitische Verantwortung für die ihr zugeordneten GemeindecEinrichtungen zu übernehmen. Vorgeschlagen wird hierfür die Einführung und Realisierung eines Beteiligungsmanagements und –controllings<sup>134</sup>, was wiederum mit einer Spezialisierung innerhalb der allgemeinen Gemeindeverwaltung bzw. den Kämmereien<sup>135</sup> zu verbinden ist.

Beflügelt wird die Entwicklung der organisatorischen Aufgliederung durch den immer länger werdenden Katalog an Aufgaben, welche von der Verwaltung wahrzunehmen sind<sup>136</sup>.

#### **D. Grundgesetzliche Determinanten**

Im Folgenden sollen die grundgesetzlichen Vorgaben für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Allgemeinen, weitestgehend organisationsformenunabhängig, untersucht werden, um<sup>137</sup> einheitliche Strukturvorgaben herauszupräparieren, die bei jeder Wirtschaftstätigkeit erfüllt sein müssen. Es sollen mit anderen Worten Zulässigkeitsvoraussetzungen deduziert werden. Anschließend soll sich sodann im Besonderen eine Betrachtung der einzelnen Organisationsformen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung dieser Zulässigkeitsbedingungen. Sollte festgestellt werden, dass diese in nur unzureichendem Maße verwirklicht werden, bedeutete dies eine (bundes- oder landes-)verfassungsnormative Unzulässigkeit des jeweiligen Rechtskleides des kommunalen Unternehmens mit der Folge, dass die-

<sup>131</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, S. 261.

<sup>132</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, S. 261.

<sup>133</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 28 Abs. 2, A., VII., Rn. 37; Bremeier/ Brinckmann/ Killian, Public Governance, S. 66, 75. 86; kritisch: Ronellenfitsch, M./Ronellenfitsch, L., in: H/U/R: Handbuch Kommunale Unternehmen, § 1 Rn. 26, nach denen allerdings der „Konzern Stadt“ aus verfassungs- und kommunalrechtlicher Hinsicht ein „Hirngespinnst“ ist.

<sup>134</sup> Mehde, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 28 Abs. 2, A., VII., Rn. 37; Grünwald, in: Danner/Theobald: Energierecht, 200, 85. EL, Rn. 67; Bremeier/Brinckmann/Killian, Public Governance, S. 11, 28; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 250 f.

<sup>135</sup> Reichard, in: Bogumil/Holtkamp: Perspektiven kommunaler Verwaltungsmodernisierung, S. 59.

<sup>136</sup> Felix, Einheit der Rechtsordnung, S. 260; Otting, DVBl. 1997, 1258.

<sup>137</sup> Unter Hinzuziehung darüber hinausreichender landesverfassungsrechtlicher Determinanten.

ses der Gemeinde nicht mehr zur Verfügung steht. Die Kommune müsste dann bestehende Unternehmen in eine andere Organisationsform umwandeln und neue Unternehmen dürften nicht mehr in dieser Form gegründet werden.

### **I. Grundsätzliche (Un-)Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftstätigkeit?**

Im Grundgesetz findet sich keine Regelung, welche die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand per se ausschließt<sup>138</sup>. Verfassungsrechtlich soll die Wirtschaft zwar staatsfrei sein. Dies bedeutet aber nicht, dass sie sich allein in den Händen der Privatwirtschaft befinden muss<sup>139</sup>. Dies entspricht der These von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, wonach sich der Verfassungsgeber nicht für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat<sup>140</sup>. Gleichzeitig wird auch keine Entscheidung dahingehend getroffen, nur Privaten die Aktivität am Markt zu überantworten. Eine strikte Rollenzuweisung wird nicht vorgenommen. Die Handlungen der öffentlichen Hand – genauer ihre Zulässigkeit – sind vielmehr an einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes, an diesen in ihrer Gesamtheit zu messen und auf ihre Rechtmäßigkeit zu untersuchen<sup>141</sup>.

Es existiert kein allgemeines Verbot der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates<sup>142</sup>, indes ein Gebot der Verfolgung von Gemeinwohlinteressen<sup>143</sup>.

### **II. Grundrechte**

Auch die Länder – samt der ihnen zugeordneten Selbstverwaltungskörperschaften – sind im Rahmen ihrer Verfassungsgebung und –änderung an die Bundesgrundrechte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG<sup>144</sup>. Dies gilt unabhängig von ihrer Handlungs- oder Organisationsform, der erste Abschnitt des Grundgesetzes findet folglich auch im Verwaltungsprivatrecht Anwendung. Begibt sich die öffentliche Hand allerdings auf die privatrechtsförmige Ebene, sind Modifikationen erforderlich, wie der Grundrechtsschutz durchzusetzen ist. Dies gilt vor allem bei ge-

---

<sup>138</sup> Vgl. *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 55 ff.; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 16 ff.; *Jarass*, DÖV 2002, 489 (491 f.); *Heimlich*, NVwZ 2000, 746.

<sup>139</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., IV., Rn. 120; *Nipperdey*, in: *Bettermann/Nipperdey*: Grundrechte, Band IV/2, S. 884 f.;

<sup>140</sup> BVerfGE 4, 7 (17 f.) = NJW 1954, 1235 (1236); BVerfGE 50, 290 (336 ff.) = NJW 1979, 699 (702); *Ehlers*, JZ 1990, 1089.

<sup>141</sup> *Jarass*, DÖV 2002, 489 (491).

<sup>142</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 119; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 16 f.

<sup>143</sup> Dazu im Folgenden.

<sup>144</sup> *Hillgruber*, in: BeckOK GG, Art. 1 Rn. 64.1, 66.

mischwirtschaftlichen Unternehmen, ist doch eine direkte Inpflichtnahme des auch von Privaten gehaltenen Unternehmens wegen deren Grundrechtsberechtigung ausgeschlossen.

### **1. Grundrechtsberechtigung und –verpflichtung**

Nach Art. 19 Abs. 3 GG sind juristische Personen grundrechtsberechtigt, sofern die Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Die Kapitalgesellschaften in Form der GmbH und AG sind Körperschaften - also juristische Personen - und damit grundsätzlich grundrechtsfähig. Eine Ausnahme ist jedoch dann zu machen, wenn es sich um eine Eigengesellschaft der Gemeinde handelt. Wegen Art. 1 Abs. 3 GG kann allein die Wahl der Rechtsform nicht dazu führen, die öffentliche Hand vollständig aus ihrer Pflichtenstellung zu entlassen, mit anderen Worten darf es nicht zu einer Flucht ins Privatrecht kommen:

Der Ansicht<sup>145</sup>, das Unternehmen in Gänze bei öffentlicher Beteiligung an die Grundrechte zu binden, kann nur in dem Falle gefolgt werden, dass die Kommune sämtliche Anteile hält, es sich mithin um eine Eigengesellschaft handelt. Bei Eigengesellschaften könnte grundsätzlich auch über eine Bindung der Kommune als Anteilseignerin an die Grundrechte und über die Verpflichtung, ihre Gesellschafterrechte entsprechend den Art. 1 ff. GG auszuüben, sichergestellt werden, dass die Grundrechtsbindung durch die Rechtsformenwahl nicht abgestreift wird. Trotz des Umstandes, dass die (Eigen-)Gesellschaft nicht selbst Kommune ist, sondern selbständig und mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet, mithin ein rechtlich selbständiges Leben führt, sind die Gemeinde und die Gesellschaft **normativ** gleichzusetzen, wenn die Kommune sämtliche Anteile hält<sup>146</sup>. Der „Umweg“ über ihre Inpflichtnahme als Gesellschafterin muss in diesem Fall nicht beschritten werden; Rechte privater Anteilseigner müssen schließlich nicht berücksichtigt werden.

Etwas anderes gilt bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, deren Anteile in öffentlicher wie privater Hand liegen: Denn für die privaten Anteilseigner bildet das Unternehmen ein Vehikel zur Verwirklichung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheiten, derer sie beraubt würden, wollte man die Gesellschaft selbst unmittelbar an die Beachtung der Grundrechte binden. Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung schließen sich nach der Kon-

<sup>145</sup> BVerfGE 128, 226 (244); BGHZ 52, 325 ff. = BGH NJW 1969, 2195, der eine unmittelbare Bindung der in der Rechtsform der AG organisierten Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Gemeinde an den Gleichheitssatz annahm; BVerwGE 37, 243 ff.; *Storr*, Staat als Unternehmern, S. 482 f.

<sup>146</sup> *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 675.

fusionstheorie aus<sup>147</sup>. Der Blickwinkel des BVerfG ist jedoch ein anderer<sup>148</sup>. Nach seiner Rechtsprechung unterliegen die Mischunternehmen selbst der unmittelbaren Grundrechtsbindung. Mit dem Argument, es obliege der freien Willensentschließung der privaten Gesellschafter, sich an einem derartigen Unternehmen mit der Konsequenz des Art. 1 Abs. 3 GG zu beteiligen, versucht es wenig überzeugend, ihre Grundrechtsberechtigung zu überspielen. Die privaten Gesellschafter darauf zu verweisen, sie könnten bei öffentlicher Beteiligung, welche zu einer Grundrechtsverpflichtung des Unternehmens führt, aus der Gesellschaft austreten und müssten so das Risiko demokratischer Verantwortlichkeit und grundrechtlicher Bindung nicht tragen<sup>149</sup>, entwertet ihre eigentumsrechtliche Position/ihren Geschäftsanteil, verkürzt daher und außerdem ihre Rechte auf freie wirtschaftliche Betätigung und Entfaltung sowie aus Art. 9 Abs. 1 GG. In Unternehmen mit vergleichbarem Unternehmensgegenstand würden - bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG - die privaten Anteilseigner, die sich an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligen, schlechter gestellt als diejenigen, die Anteile an einer Gesellschaft mit homogener Gesellschafterstruktur (ausschließliche Beteiligung der privaten Hand) halten.

Aus vorstehend genannten Gründen kann auch eine unmittelbare Grundrechtsbindung des Beteiligungsunternehmens nicht in Abhängigkeit davon begründet werden, ob es zur Befriedigung von Bedürfnissen der Daseinsvorsorge instrumentalisiert wird und damit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt<sup>150</sup>. Gleichfalls kann der Rekurs auf einen Prozentsatz an von der Gemeinde gehaltenen Gesellschaftsanteilen an dem Unternehmen<sup>151</sup>, der darüber entscheiden soll, ob die Gesellschaft grundrechtsverpflichtet ist oder nicht, kann nicht überzeugen.

Das bedeutet nicht, dass die öffentliche Hand von der Beachtung der Grundrechte freigestellt ist, sondern nur, dass eine unmittelbare Verpflichtung der in privater Rechtsform organisierten juristischen Personen ausscheidet. Diese Gesellschaften gehören nur indirekt zur öffentlichen Verwaltung<sup>152</sup>, diese aber hat Art. 1 Abs. 3 GG zu beachten.

Ihrer Bindung hat die Verwaltung dadurch nachzukommen, dass sie ihre Gesellschafter- oder sonstigen vertraglich vorbehaltenen Rechte wahrnimmt, um auf das Handeln des privatrechtsförmig organisierten Unternehmens steuernden Einfluss zum Schutz der Grundrechte zu neh-

---

<sup>147</sup> BVerfGE 15, 256 (262); BVerfG, Beschl. v. 02.05.1967 - 1 BvR 578/63 = NJW 1967, 1411 (1412).

<sup>148</sup> BVerfGE 128, 226 (246 f.)

<sup>149</sup> BVerfG NJW 2011, 1201 (1203 Rn. 55).

<sup>150</sup> BGH NJW 1969, 2195 f.; A.A BGH NJW 2004, 1031.

<sup>151</sup> *Bettermann*, FS-E. E. Hirsch, S. 2.

<sup>152</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 119.



men<sup>153</sup>. Probleme aus dem Gesichtspunkt der Durchsetzbarkeit des Grundrechtsschutzes ergeben sich allerdings dann, wenn sich die Kommune keine ausreichenden Rechte gesichert hat, die ihr eine Einwirkung auf die Gesellschaft ermöglichen. Die Gemeinde müsste sich dann entweder nachträglich Ingerenzrechte ausbedingen, sämtliche Anteile an der Gesellschaft erwerben oder sich aus dieser vollständig zurückziehen. Letzteres scheidet freilich bei Pflichtaufgaben (Aufgaben, die von dem Unternehmen erledigt werden müssen) aus, da sich hier eine materielle Privatisierung ohne gesetzliche Anordnung oder Erlaubnis verbietet<sup>154</sup>.

## **2. Grundrechtstangierung**

Aus den Grundrechten lässt sich kein Ausschließlichkeitsgrundsatz zugunsten der Privatwirtschaft deduzieren<sup>155</sup>. Dies sagt jedoch nichts darüber aus, ob sich die öffentliche Hand für ihre wirtschaftliche Betätigung rechtfertigen muss, ist dies doch abhängig von der Bejahung eines Grundrechtseingriffs. Wird also durch das Unternehmertum der Kommune die Freiheit der Bürger beeinträchtigt, muss die Gemeinde einen legitimierenden Grund für ihr Handeln vorweisen.

Der Grundrechtsschutz ist jedenfalls nicht abhängig von der Zielgerichtetheit des Eingriffs im klassischen Sinne, ausreichend sind auch rein faktische und mittelbare Verkürzungen des grundrechtlichen Schutzbereichs<sup>156</sup>. Nach Rechtsprechung sind die Schutzbereiche der wirtschaftsbezogenen Grundrechte bei kommunaler unternehmerischer Betätigung nicht stets eröffnet, auch wenn damit Verschlechterungen privater Wettbewerbspositionen verbunden sind.

### **a. Erwerbs- und Berufsfreiheit, Art. 12 GG**

#### **aa. Schutzbereich und Eingriff**

Als „Beruf“ i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist grundsätzlich jede erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts<sup>157</sup>. Erfasst ist also die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit auszuüben und ein Gewerbe zu betrei-

---

<sup>153</sup> BVerwG NVwZ 1991, 59; Michalski/Funke, in: Michalski: GmbHG, § 13 Rn. 104.

<sup>154</sup> Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs: VwVfG, § 1 Rn. 129.

<sup>155</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 24; Pittner, Unternehmen, S. 91, 97.

<sup>156</sup> BVerfG NJW 2002, 2626 (2629) – Osho; Antweiler, NJW 2003, 1466 (1469).

<sup>157</sup> Ruffert, in: BeckOK GG, Art. 12 Rn. 38, 40 ff.

ben<sup>158</sup>. Das BVerfG legt einen nicht personal gebundenen Berufsbegriff zugrunde, es kommt also nicht auf eine persönliche Berufung an<sup>159</sup>. Staatliche Maßnahmen müssen nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine „objektiv berufsregelnde Tendenz“ aufweisen, um das Grundrecht nicht der Konturenlosigkeit Preis zu geben, haben doch fast alle gesetzlichen Bestimmungen Auswirkungen auf die Berufsausübung<sup>160</sup>. Die Beeinträchtigung müsse gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sein, dürfe diese nicht nur zufällig berühren, wobei ausreichend sei, dass sie die Rahmenbedingungen verändere, unter denen sie ausgeübt werde<sup>161</sup>. Ist im konkreten Fall eine solche Tendenz nicht erkennbar, kommt Art. 2 Abs. 1 GG zum Tragen, für den nachstehende Erwägungen und Einschränkungen sinnentsprechend gelten<sup>162</sup>. Staatliche Wirtschaftstätigkeit stellt keinen gezielten Eingriff in die Berufsfreiheit dar<sup>163</sup>, wirkt sich erst vermittelt durch das Verhalten der Konsumenten (Inanspruchnahme der Leistungen des öffentlichen Unternehmens) nachteilig auf das anbietende Tätigwerden des privat betriebenen Unternehmens aus. Sie verändert jedenfalls dessen erwerbswirtschaftliche Bedingungen.

Nicht zum Schutzgehalt der Berufsfreiheit zählen die Gerichte die Freiheit vor staatlicher Konkurrenz<sup>164</sup>, denn mit dem Hinzutreten eines weiteren Konkurrenten haben Marktteilnehmer immer zu rechnen, d.h. ein Anspruch auf Erhalt der Erwerbsmöglichkeiten bestehe nicht<sup>165</sup>. Aus Sicht des betroffenen privaten Unternehmens mache es keinen Unterschied, ob es sich um einen privaten Wettbewerber oder um die öffentliche Hand handle, die seine Wettbewerbschancen schmälere<sup>166</sup>. Erst bei einem Verdrängungswettbewerb, d.h. wenn private Konkurrenz unmöglich gemacht werde, oder bei Implementierung einer Monopolstellung durch die öffentliche Hand, solle ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen<sup>167</sup>. Darüber hinaus kommt nach der Rechtsprechung<sup>168</sup> ein Grundrechtseingriff allenfalls in Betracht, wenn sich die Kommune nicht marktkonform verhält, sie also nicht bloß wie ein privater Wettbe-

<sup>158</sup> BVerfG NJW 1984, 476 (477).

<sup>159</sup> BVerfG NJW 1998, 1627 f.

<sup>160</sup> BVerfGE 97, 228 (254).

<sup>161</sup> BVerfGE 95, 267 (302).

<sup>162</sup> Jarass, DÖV 2002, 489 (492).

<sup>163</sup> Scharpf, GewArch 2005, 1 (2).

<sup>164</sup> OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1523).

<sup>165</sup> BVerfG NJW 1973, 499; 1981, 911 (912).

<sup>166</sup> Vgl. Ruffert, in: BeckOK GG, Art. 12 Rn. 65; Püttner, Unternehmen, S. 97.

<sup>167</sup> BVerfG NJW 1995, 2938 (2939); OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1523); RhPfVerfGH, Urt. v. 28.03.2000 - VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801 (802); Ruffert, in: BeckOK GG, Art. 12 Rn. 65; vgl. Otting, DVBl. 1997, 1258 (1260).

<sup>168</sup> Vgl. Nachweise bei Di Fabio, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 2, C., V., Rn. 122.

werber agiert. Nur ist fraglich, was unter Marktnonkonformität zu verstehen ist<sup>169</sup> und ob sich die Gemeinde jemals marktkonform verhalten kann, vor allem dann wenn sie die öffentlich-rechtlichen Finanzierungsmöglichkeiten ausnutzt, um das Unternehmen aufzubauen, zu betreiben und zu erhalten. Marktkonformität kann wohl sicher nur dann bejaht werden, wenn sich die Kommune das Unternehmenskapital auf eine Weise besorgt, die auch der privaten Konkurrenz offensteht. Dies ist aber gerade bei Einnahmen aus Steuermitteln nicht der Fall. Doch stehen den Gemeinden prinzipiell auch andere, von Privaten ebenfalls nutzbare Finanzierungsmöglichkeiten – wie die Aufnahme von Krediten – zur Verfügung. Gleichwohl würde es eine unnötige Künstelei bedeuten, zu verlangen, dass sich Gemeinden stets aus Krediten finanzieren resp. diese für ihre Unternehmen aufwenden müssten, nicht aber dass sie eigene – möglicherweise auf Steuereinnahmen fußenden – Rücklagen verwenden dürfen, zumal die Zulässigkeit der Kreditaufnahme durch die Gemeindeordnungen beschränkt ist.

### **(1.) Kriterien für markt(non)konformes Verhalten**

Folgt man dem restriktiven Ansatz der **Rechtsprechung**, dass zumindest ein den Regeln des Marktes widersprechendes Auftreten der öffentlichen Hand erforderlich ist, sind Kriterien zu entwickeln, die eine Bestimmung der Marktkonformität erlauben. In Betracht zu ziehen ist etwa der Fall, dass die Kommune die Gleichgewichte am Markt bewusst stört und sie ihre Privilegien (kein Insolvenzrisiko, Zugang zu öffentlich-rechtlichen Finanzierungsmitteln wie Steuern, aber auch die Einnahme von Gebühren und Beiträgen, Einsatz öffentlich-rechtlicher Zwangsmittel zur Durchsetzung von Forderungen<sup>170</sup>) ausnutzt, um eine Vorrangstellung aufzubauen. Die öffentliche Hand müsste mithin die Marktbedingungen zu Lasten des privaten Konkurrenten verändern<sup>171</sup>. Grundsätzlich führt allein das Auftreten der öffentlichen Hand am Markt nicht zu einer negativen Beeinflussung der marktwirtschaftlichen Situation: Denn grundsätzlich verändert sich diese ebenso, wenn ein privater Konkurrent hinzukäme. Die Zuordnung des Konkurrenten zum Staat oder zur Gesellschaft beeinflusst allein nicht den Marktzugang des Privaten, sondern eben nur das Auftreten eines weiteren Wirtschaftssubjekts, was zur Verschärfung der Konkurrenzsituation führt. Insofern ist das Postulat des

---

<sup>169</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., IV., Rn. 89. Dazu unter (1.) sogleich.

<sup>170</sup> Vgl. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 122.

<sup>171</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 122.

BVerfG nachvollziehbar, dass die Berufsfreiheit nicht vor (bloßer) „Konkurrenz der öffentlichen Hand“ schütze<sup>172</sup>.

Daher müsste – sofern man dem Rechtsprechungsansatz folgt<sup>173</sup> – ein qualifizierendes Moment hinzukommen, um ein Marktnonkonformität anzunehmen: Der Gemeinde müsste entweder bei finalen Beeinträchtigungen eine Marktverengungsabsicht<sup>174</sup> vorzuwerfen sein (subjektives Moment) oder sie muss bei lediglich mittelbaren oder faktischen Einwirkungen eine wesentliche Veränderung der Gesetzmäßigkeiten des Marktes bewirkt haben (objektives Moment).

Eine interventionistische Intention wird der Gemeinde in der Regel aber weder nachzuweisen sein noch wird es ihr darauf ankommen, den privaten Konkurrenten vom Markt zu verdrängen oder ihm dessen Wirtschaften zu erschweren.

Im Hinblick auf das objektive Merkmal wird in der **Literatur** von „Wesentlichkeit“ dann gesprochen, wenn die Grundrechtsbeeinträchtigung „spürbar“ und mit nicht nur „geringfügigen Wirkungen“ verbunden<sup>175</sup> oder „empfindlich“ ist<sup>176</sup>, doch ist damit kaum eine Konkretisierung des Begriffs der „Wesentlichkeit“ verbunden, verliert sich weithin in Vagheit. Gelegentlich wird in der Rechtsprechung von „nachhaltiger“ oder „schwerwiegender“ Beeinträchtigung gesprochen<sup>177</sup>. Jarass nimmt für die Betrachtung der Wesentlichkeit die „Eigenart der Grundrechtsausübung“ als Ausgangspunkt<sup>178</sup>. Der Private müsse beim Auftreten am Markt stets mit Wettbewerb und dem Verlust von Marktanteilen rechnen, sodass bei Hinzukommen eines der öffentlichen Hand zuzuordnenden Konkurrenten eine wesentliche Grundrechtsbeeinträchtigung nicht vorliegen könne. Anders sei es aber, wenn dieser Konkurrent besondere Vorteile beanspruche, die ein privater Wettbewerber nicht zu nutzen vermöge, wie besondere Informationsvorsprünge, Sonderrechte<sup>179</sup>, Verknüpfung der Unternehmensleistung mit anderen Dienstleistungen<sup>180</sup> o.ä. Der Markt müsste in seinem Funktionieren substantiell verändert worden sein<sup>181</sup>. Letztlich handelt es sich hierbei um Fragen, die einer wertenden, wohl auch kasuistischen Betrachtung bedürfen. Wie sich aber am Beispiel der Bildung von Monopolen zeigt, kann es ganz generell nicht allein darauf ankommen, dass die öffentliche Hand nur ihr

---

<sup>172</sup> BVerfGE 34, 252 (256); 55, 261 (269).

<sup>173</sup> Dass dieser zu eng ist, wird nachfolgend aufgezeigt.

<sup>174</sup> Vgl. BVerwGE 71, 183 (193); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 122; *Kluth*, WiVerw 2000, 184 (201), welcher von der Verfolgung „spezifischer Lenkungs- oder Gestaltungszwecke“ spricht.

<sup>175</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 122.

<sup>176</sup> *Jarass*, DÖV 2002, 489 (493), m.w.N. zu anderen in der Literatur verwendeten Begrifflichkeiten: S. 493 f.

<sup>177</sup> BVerwGE 87, 37 (44); BVerwGE 90, 112 (121); BVerwG, NJW 1996, 3161.

<sup>178</sup> *Jarass*, DÖV 2002, 489 (494).

<sup>179</sup> *Jarass*, DÖV 2002, 489 (494).

<sup>180</sup> *Kluth*, WiVerw, 2000, 184 (201).

<sup>181</sup> Vgl. *Kluth*, WiVerw 2000, 184 (201).

zugängliche Privilegien ausnutzt oder sich gewähren lässt<sup>182</sup>, denn auch Private können Monopole bilden oder Verdrängungswirtschaft betreiben. Bei der öffentlichen Hand wird hier aber allgemein ein Grundrechtseingriff gesehen.

## **(2.) Grundrechtseingriff jenseits marktnonkonformen Verhaltens**

Überzeugend ist diese Rechtsprechung jedenfalls in der Begründung nicht. Ein Grundrechtseingriff ist nicht erst bei einem marktnonkonformen Auftreten der öffentlichen Hand zu bejahen. Was die Anwendung der Grundrechte betrifft, muss zwischen Staat und Gesellschaft unterschieden werden: Während sich Privatleute etwa – vorbehaltlich der Anwendung des AGG – bei Abschluss von Verträgen aufgrund der Privatautonomie untereinander diskriminieren dürfen, gilt Gleiches nicht für den Staat. Aus Sicht des diskriminierten Privaten, welcher eine Ware oder Leistung erwerben möchte, macht es hier genau genommen auch keinen Unterschied, wer sein Vertragspartner ist. Gleichwohl wird die öffentliche Hand verpflichtet, Art. 3 GG zu beachten, der Private hingegen nicht. Der Staat kann sich mangels Grundrechtsberechtigung nicht auf die Privatautonomie berufen. So verhält es sich auch bei den anderen Grundrechten.

Die Kommune kann ihrerseits nicht für sich beanspruchen, am Wirtschaftsleben gleichermaßen teilzunehmen wie private Wettbewerber. Der öffentlichen Hand ist es verfassungsrechtlich zwar nicht untersagt, sich erwerbswirtschaftlich zu betätigen, gleichwohl besteht ein Gebot, sich zumindest „neutral“ zu verhalten, gleichsam unsichtbar aufzutreten und die Freiheitsbereiche der Bürger unberührt zu lassen. Bei staatlicher Wirtschaftsteilnahme auf bereits privatwirtschaftlich besetzten Gebieten ist ihr dies aber nicht möglich. Das anbietende und werbende Auftreten des Staates auf dem Markt verschärft den marktwirtschaftlichen Konkurrenzdruck<sup>183</sup>, doch als „systemimmanent“ kann dies nicht angesehen werden. Die öffentliche Hand tritt nämlich unter anderen Bedingungen auf, auch wenn sie sich zunächst den allgemeinen Regeln des Marktes zu unterwerfen hat. Denn die öffentliche Hand befindet sich in einer Position, die sie gegenüber den gewöhnlichen (privaten) Konkurrenten hervorhebt: Der Staat verfügt wie bereits dargelegt qua seiner Abgabenhöhe über ein Refinanzierungsinstrument, das ihn gegenüber einer Insolvenz immun macht<sup>184</sup>. Dies führt auch zu einer höheren **Vertrauenswürdigkeit** der öffentlichen Hand mit der Folge, dass diese bei Aufnahme städti-

<sup>182</sup> Vgl. aber *Kluth*, WiVerw 2000, 184 (201).

<sup>183</sup> Vgl. BVerwGE 71, 183 (193).

<sup>184</sup> *Ruffert*, in: BeckOK GG, Art. 12 Rn. 66.

scher Kredite mitunter eine **geringere Zinslast** zu tragen hat<sup>185</sup>. Fernerhin – und mit dem soeben Gesagten in der Regel in Zusammenhang stehend – verfügen staatliche/kommunale Unternehmen über eine bessere Reputation. Ihre Beständigkeit wird von Abnehmern als sicher erachtet, Leistungen und Waren werden daher gern von ihnen bezogen. Die öffentliche Hand besitzt daher Wettbewerbsvorteile, die ihr eigen sind, die sich private Konkurrenten nicht gleichermaßen verschaffen können. Die Kommunen verfügen in der Regel auch über **Informationsvorsprünge**, welche sie zu ihren Gunsten zu nutzen wissen. Insbesondere bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge, an denen sich auch kommunale Unternehmen beteiligen – sofern kein Fall der ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe vorliegt -, befinden sich die gemeindlichen Unternehmen dann in einer vorteilhafteren Position. Ein Teil der Lehre plädiert daher dafür, den Schutzbereich der Berufsfreiheit allgemein bei staatlicher Wirtschaftstätigkeit für eröffnet zu erachten und eine gesetzliche Grundlage und ihre Einhaltung durch die Kommunen zu verlangen<sup>186</sup>. Der restriktive Ansatz der Rechtsprechung überzeugt jedenfalls nicht und lässt sich wohl nur vor dem Hintergrund erklären, die Gerichte nicht mit einer Flut von Rechtsschutzersuchen unterlegender Konkurrenten zu belasten. Dieses durchaus nachvollziehbare Motiv vermag gleichwohl nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die öffentliche Hand über besondere Privilegien verfügt, die ihr den Markteintritt und die Markthauptung erleichtern, die dies als Kehrseite aber privaten Wettbewerbern erschweren.

### **(3.) Identifizierung des Grundrechtseingriffs**

Sodann stellt sich die Frage, worin genau der Grundrechtseingriff zu sehen ist: In dem Ratsbeschluss, der zur Gründung des Unternehmens führt, oder in dem Agieren des Unternehmens an sich bzw. den Beschlüssen der Unternehmensorgane im Rahmen der Geschäftsführung<sup>187</sup>. Allein die **Existenz** des Unternehmens, seine Gründung, beeinträchtigt private Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich nicht, ihre Wettbewerbsteilnahme wird dadurch noch nicht erschwert, weshalb dem Errichtungsbeschluss des Rates die Grundrechtsrelevanz zu versagen ist<sup>188</sup>. Etwas anderes gilt, wenn das Unternehmen bereits bei seiner Gründung auf ein markt-

<sup>185</sup> Meyer, Nr. 10 Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, in: Materialien für die Arbeit vor Ort der Konrad Adenauer Stiftung, S. 3, abrufbar unter [www.kas.de/wf/doc/kas\\_3522-544-1-30.pdf?04061516413](http://www.kas.de/wf/doc/kas_3522-544-1-30.pdf?04061516413), zuletzt aufgerufen am 10.02.2017 um 23.52 Uhr.

<sup>186</sup> Ruffert, in: BeckOK GG, Art. 12 Rn. 66; Breuer, in: Isensee/Kirchhof: HStR, Bd. VI, § 148 Rn. 60; Löwer, VVDStRL 60 (2001), 416 (444 ff.); Tettinger, NJW 1998, 3473 (3474).

<sup>187</sup> Kluth, WiVerw 2000, 185 (202).

<sup>188</sup> Dementsprechend scheiden öffentlich-rechtliche Unterlassungsansprüche gegenüber der Errichtung der in öffentlich-rechtlicher Organisationsform geführten Unternehmen und Folgenbeseitigungsansprüche – gerichtet auf Einwirkung gegenüber einer Kapitalgesellschaft - aus, vgl. Schlacke, JA 2002, 48 (51 f.).

nonkonformes Verhalten ausgerichtet wird, wenn also grundrechtswidriges Handeln durch das Unternehmen zwingend zu erwarten ist<sup>189</sup>. Im Übrigen beeinflusst erst die anbietende Tätigkeit am Markt resp. das Offerieren eines Produkts oder einer (Dienst-)Leistung das Nachfrageverhalten der Verbraucher.

Auch die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs zugunsten gemeindlicher Unternehmen, d.h. die Verpflichtung der Bürger, Leistungen von der Kommune zu beziehen, kann sich als objektive Zulassungssperre auswirken, wenn sie dazu führt, dass der private Unternehmer seine Leistung nicht mehr anbieten und erbringen darf, weil er zum Markt nicht mehr zugelassen wird<sup>190</sup>. Es handelt sich hierbei um ein „Quasi-Verwaltungsmonopol“<sup>191</sup>.

Resümierend lässt sich konstatieren, dass kommunale Wirtschaftstätigkeit einen Eingriff im erweiterten Sinne in die Grundrechte privater Konkurrenten darstellt unabhängig vom Vorliegen einer Monopolstellung. An dem Dogma der berufsregelnden Tendenz kann insofern nicht festgehalten werden, da sonst negiert würde, dass auch nicht intendierte, nicht finale Maßnahmen den Eingriffsbegriff erfüllen<sup>192</sup>. In den seltensten Fällen dürfte die Kommune mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung beabsichtigen, private Konkurrenz unzumutbar zu beeinträchtigen oder andere Mitbewerber zu schädigen<sup>193</sup>.

## **bb. Rechtfertigung**

Steht damit nun fest, dass ein Eingriff in Art. 12 GG bei kommunaler Wirtschaftstätigkeit zu bejahen ist, sind entsprechend der grundrechtlichen Dogmatik die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung zu erfüllen. Eine gesetzliche Grundlage besteht in Form der kommunalwirtschaftlichen Zulässigkeitsanforderungen, die in allen Bundesländern im Wesentlichen in Gestalt der Schrankentrias übereinstimmen: Verpflichtung des Unternehmens auf einen öffentlichen Zweck, wirtschaftliche Betätigung nur entsprechend der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und Subsidiaritätsklausel in einfacher oder verschärfte Form.

---

<sup>189</sup> Vgl. Kluth, WiVerw 2000, 185 (202).

<sup>190</sup> BVerfGE 106, 275 (298); Michael/Morlok: Grundrechte, § 9 Rn. 353.

<sup>191</sup> BVerwG NJW 1982, 63 (65).

<sup>192</sup> Scharpf, GewArch 2005, 1 (6).

<sup>193</sup> Scharpf, GewArch 2005, 1 (4).

Die Anforderung des öffentlichen Zwecks soll sichern, dass das Unternehmen aus Gemeinwohlgründen tätig wird und damit, was das Verhältnismäßigkeitsprinzip betrifft, ein legitimer Zweck verfolgt wird.

Sollte sich der Eingriff in Art. 12 GG als objektive Zulassungsschranke erweisen, ist die vom BVerfG aufgestellte Voraussetzung zu erfüllen, dass die staatliche Maßnahme dem Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes zu dienen bestimmt ist und der Abwehr von Gefahren für dieses Gut dienen kann<sup>194</sup>. Als ein solches überragendes Gemeinschaftsgut ist bisher etwa die Volksgesundheit angesehen worden<sup>195</sup>. Dieser Gesichtspunkt trägt in der Regel auch die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs.

Doch was die gesetzlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Betätigung in dem Rechtskleid der Gesellschaften betrifft, bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel, wie noch näher aufgezeigt wird<sup>196</sup>. Denn die gesetzliche Grundlage muss solche Anforderungen aufstellen, die in praxi auch eingehalten werden und nicht bloße Makulatur sind. Das Gesetz und die in ihm enthaltenen Kautelen müssen **wirksam** sein<sup>197</sup>. Schreibt die Rechtsnorm vor, dass kommunale Unternehmen nur zulässig sind, wenn sie einem öffentlichen Zweck dienen, muss sichergestellt werden, dass ein Abrücken von der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verhindert wird bzw. der Kommune Instrumente an die Hand gegeben werden, bei Vernachlässigung des öffentlichen Zwecks intervenieren zu können. Bei den privaten Organisationsformen kann die Gemeinde aber – wegen der lückenhaften<sup>198</sup> Konzeption der Gemeindeordnungen – nur bei Gründung des Unternehmens Gewähr dafür bieten, dass das Unternehmen öffentlichen Zwecken dienend errichtet wird, andernfalls hat der Gemeinde-/Stadtrat einen Gründungsbeschluss zu unterlassen. Nach der Errichtung bildet das Unternehmen jedoch einen Selbstläufer, sofern sich die Kommune nicht in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag ausreichend Kontroll- und Steuerungsrechte vorbehalten hat<sup>199</sup>. In den Gemeindeordnungen stipulierte Ingerenzrechte – wie Weisungsrechte – nützen hier grundsätzlich wenig, wenn dieses Landesrecht dem als Bundesrecht erlassenen Gesellschaftsrecht widerspricht. Nach Art. 31 GG derogiert letzteres nämlich die Gemeindeordnungen im Konfliktfalle. Ein probates Mittel, um kommunalgesetzlich angeordnete Einwirkungsrechte in das Gesellschaftsrecht zu transportieren, wäre die Bezugnahme im Gesellschaftsvertrag auf diese Rechte.

---

<sup>194</sup> BVerfGE 7, 377 (409) – Apothekenurteil.

<sup>195</sup> BVerwG NJW 1982, 63 (64).

<sup>196</sup> Siehe Kapitel 4 C.

<sup>197</sup> Vgl. BVerfG NJW 2013, 1058 (1061 f.) Rn. 64 – Verständigungen im Strafverfahren.

<sup>198</sup> Siehe Kapitel 4 C. IV. und VIII.

<sup>199</sup> Vgl. *Isensee*, VVDStRL 54 (1995), 303 (304).



## **cc. Zusammenfassung**

Staatliche bzw. kommunale Wirtschaftstätigkeit bedeutet unter dem Aspekt der Erwerbsfreiheit der betroffenen privaten Konkurrenten einen Eingriff in Art. 12 GG und ist daher rechtfertigungsbedürftig. Die unternehmerische Betätigung der Kommunen muss daher auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die ihrerseits verfassungsgemäß ist, d.h. verhältnismäßig und in Übereinstimmung mit sonstigen Verfassungsbestimmungen. Darüber hinaus muss auch die Agitation des Unternehmens selbst mit den Vorgaben des Grundgesetzes übereinstimmen, darf also nicht überdimensioniert und damit ebenfalls nicht unverhältnismäßig sein. Welche Unternehmensstruktur hierfür erforderlich ist, wird im Verlaufe der Arbeit aufgezeigt. Es wird ebenfalls detailliert untersucht, ob und inwieweit die derzeit geltenden kommunalwirtschaftlichen Vorgaben diesen Strukturdirektiven entsprechen.

Rechtsschutz können private Konkurrenten über eine allgemeine Leistungsklage resp. – als Unterfall – eine Unterlassungsklage suchen und öffentlich-rechtliche Unterlassungs- oder Folgenbeseitigungsansprüche geltend machen.

## **b. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG**

Zu den die wirtschaftliche Freiheit der Bürger gewährleistenden Grundrechten gehört die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG. Materielle Grundlage der Erwerbswirtschaft ist das Vorhandensein, der Austausch und der Schutz von als Eigentum geschützten Sachen und Rechten<sup>200</sup>. Aber auch unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb<sup>201</sup> ist an einen grundrechtlichen Schutz aus Art. 14 GG zu denken. Durch staatliche Wirtschafts- bzw. Konkurrenzaktivität könnten insbesondere die geschäftlichen Beziehungen, der Kundenstamm<sup>202</sup> und die Kundenbeziehungen gefährdet sein.

Sachlich geschützt ist beim Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb jedes auf Erwerb ausgerichtete Unternehmen<sup>203</sup> der Privatwirtschaft. Nicht erfasst ist die gewerbliche Tätigkeit als solche, sondern nur die unternehmensgebundenen, tatsächlich geschaffenen Werte bzw. die Unternehmenssubstanz<sup>204</sup>. Ein Eingriff darin liegt dann vor, wenn das „unge-

---

<sup>200</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 12, C., II., Rn. 79.

<sup>201</sup> *Papier*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 14, I., Rn. 95; *Ehlers*, Verwaltung, S. 104.

<sup>202</sup> Vgl. BVerwG NJW 1982, 63 (64).

<sup>203</sup> *Papier*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 14, I., Rn. 98.

<sup>204</sup> BGH NJW 1990, 3260 (3262).

störte Funktionieren dieses Organismus“ beeinträchtigt wird<sup>205</sup>. Allerdings werden bloße Chancen, Erwerbs- und Verdienstmöglichkeiten aus dem Schutzgehalt ausgeklammert<sup>206</sup>; Art. 14 GG schützt das Erworben und nicht den Erwerb. Vor Konkurrenz schützt die Eigentums-garantie nicht<sup>207</sup>. Denkbar wäre aber, den Entzug einer als Eigentum geschützten Position durch einen zugunsten eines kommunalen Unternehmens angeordneten Anschluss- und Be-nutzungszwangs anzunehmen, wodurch einem betroffenen Privatunternehmen teilweise der Kundenstamm entzogen wird<sup>208</sup>. Allerdings ist der Kundenstamm eine variable Größe, von den Marktbedingungen und dem Nachfragerverhalten abhängig. Zum Teil wird ein Grund-rechtseingriff (erst) dann bejaht, wenn es zu einer nachweisbaren Betriebseinschränkung bspw. durch teilweise Betriebsaufgabe kommt<sup>209</sup>. Nachvollziehbar ist diese Ansicht, da der Betrieb dann in seiner Substanz betroffen wird. Jedoch gibt der Gesetzgeber den Rahmen vor, innerhalb dessen sich bestimmt, was als Eigentum geschützt ist und inwieweit sich der Ge-werbebetrieb eines von privater Hand gehaltenen Unternehmens entwickeln kann<sup>210</sup>. Sehen etwa kommunale Vorschriften die Möglichkeit der Anordnung eines Anschluss- und Benut-zungszwangs vor, müssen private Unternehmer auch damit rechnen, dass sich die bei Be-triebsaufnahme gegebenen Chancen und Erwerbsmöglichkeiten in Zukunft schmälern, sobald ein derartiger Zwang angeordnet wird. Der Kundenstamm wird dann nicht ohne Vorbelastung erworben, sondern ist von vornherein mit dem Risiko der Reduktion behaftet<sup>211</sup>. Etwas ande-res kann allerdings gelten, wenn eine normative Grundlage für die Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs erst nach der Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit geschaffen wird, der Kundenstamm zunächst ohne die Aussicht auf späteren teilweisen Abfluss erworben wurde. Allerdings kann es auch nicht angehen, dass der Normgeber für die Zukunft daran ge-hindert wird, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 GG. Auch die nachträgliche Schaffung der normativen Grundlage für die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs hindert den privaten Unternehmer in der Regel nicht da-ran, sein Gewerbe weiterhin auszuüben und den räumlichen Tätigkeitsbereich nunmehr in das

<sup>205</sup> BGH NJW 1990, 3260 (3262).

<sup>206</sup> BVerfGE 28, 119 (142); NJW 1984, 476 (477); *Papier*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 14, I., Rn. 100.

<sup>207</sup> BVerfG NJW 1973, 499 (500); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 94; *Püttner*, Unternehmen, S. 97.

<sup>208</sup> Vgl. BVerwG NJW 1964, 863 (866); 1982, 63 (64); vgl. *Ehlers*, Verwaltung, S. 105.

<sup>209</sup> *Ehlers*, Verwaltung, S. 105. Ventiliert wird im Schrifttum in diesem Zusammenhang auch, dass wegen des Anschluss- und Benutzungszwangs und der dadurch bedingten Unternehmenseinstellung betriebliche Anlagen wertlos werden können und daher ein Eingriff in Art 14 Abs. 1 GG anzunehmen sei: *Pielow/Finger*, JURA 2007, 189 (200).

<sup>210</sup> BVerwG NJW 1982, 63 (64).

<sup>211</sup> BVerwG NJW 1982, 63 (64); VGH München, Beschl. v. 13.05.1991 – 4 N 90.3709 = BeckRS 1991, 09206.

Gebiet einer anderen Gemeinde zu verlagern<sup>212</sup>. Zumal die einen Anschluss- und Benutzungszwang anordnenden Satzungen typischerweise Ausnahmeregelungen vorsehen, die eine Inanspruchnahme von Leistungen anderer Wettbewerber erlauben. Gleichwohl sind die verfassungsnormativen Grenzen der Inhalts- und Schrankenbestimmungen einzuhalten. Die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs muss einem legitimen Zweck folgen, also im öffentlichen Interesse liegen. Sofern der durch Einführung des Benutzungszwangs bedingte Abfluss an Kunden so weit geht, dass das private Unternehmen seinen Betrieb einstellen muss, kann sich dies als Sonderopfer darstellen, welches auszugleichen ist, um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsgrundsatz zu genügen<sup>213</sup>.

### **c. Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG**

Das BVerfG sieht die Wettbewerbs- und unternehmerische Handlungsfreiheit als Teilaspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG als geschützt an<sup>214</sup>. Nach der Diktion des Gerichts müsse ein „Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative unangetastet bleiben“<sup>215</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den Art. 12 Abs. 1, 2 und 14 Abs. 1 GG lediglich Auffangfunktion hat<sup>216</sup>. Sofern die Berufsfreiheit und Eigentums-garantie thematisch nicht einschlägig sind, gewinnt Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere Bedeutung für den Schutz der Wettbewerbsfreiheit, sofern keine berufsregelnde Tendenz einer Maßnahme vorliegt<sup>217</sup>, und die Vertragsfreiheit betreffend die Erbringung punktueller Leistungen, welche nicht zur Ausübung eines Berufs gehören<sup>218</sup>. Gerade bei staatlicher Konkurrenz werden von der Rechtsprechung vornehmlich die Art. 12 und 14 GG geprüft, wenn es um den Schutz der Wettbewerbsfreiheit geht<sup>219</sup>. Vom persönlichen Schutzbereich erfasst sind nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen des Privatrechts und Personengesellschaften<sup>220</sup>.

<sup>212</sup> BVerwG NJW 1964, 863 (866).

<sup>213</sup> BVerfGE 8, 274 (328); 58, 137 ff. = NJW 1982, 633 ff.; vgl. BVerwG NJW 1964, 863 (866); *Axer*, in: BeckOK GG, Art. 14 Rn. 104 ff.

<sup>214</sup> BVerfGE 50, 290 (366); 97, 67 (83).

<sup>215</sup> BVerfGE 29, 260 (266); 50, 290 (366).

<sup>216</sup> Vgl. BVerfGE 70, 1 (32); *Jarass*, DÖV 2002, 489 (492); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., II., Rn. 80.

<sup>217</sup> Dann wird Art. 12 Abs. 1 GG für einschlägig erachtet: *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 116.

<sup>218</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., II., Rn. 80.

<sup>219</sup> BVerwGE 71, 183 (189); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 119.

<sup>220</sup> BVerfGE 10, 89 (99).

Der Schutzbereich ist tangiert, wenn die wirtschaftliche Betätigung beschränkt oder das Wirtschaftsleben geordnet oder gesteuert wird<sup>221</sup>. Die Beeinflussung des Wettbewerbs durch staatliche Konkurrenz wird allerdings, parallel zu Art. 12 Abs. 1 GG, nicht als Grundrechtseingriff gewertet, gewährleiste das Verfassungsrecht doch nicht den Schutz eines bestimmten Geschäftsumfangs oder die Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten<sup>222</sup>. Die Eingriffsschwelle werde erst bei Aufzehrung privater Konkurrenz und Erreichen einer Monopolstellung überschritten<sup>223</sup>. Gegen diese Ansicht lassen sich dieselben Argumente anführen wie bereits bei Art. 12 GG<sup>224</sup>, sie ist daher abzulehnen.

Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG lassen sich nach Maßgabe der in Halbsatz 2 genannten Schranken rechtfertigen. Der Gesetzgeber kann den Freiheitsbereich normativ einschränken, wenn seine Rechtsakte der Verfassung entsprechen und damit zur „verfassungsmäßigen Ordnung“ gehören. Dabei muss er den Schutz eines im Gemeinwohl liegenden Interesses intendieren<sup>225</sup>. Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff in die wirtschaftliche Betätigungs- und Wettbewerbsfreiheit bilden die die Zulässigkeit gemeindlicher Unternehmen regelnden Bestimmungen der Gemeindeordnungen. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Normen unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Sicherung von Ingerenzrechten in AG und GmbH wurden bereits geäußert<sup>226</sup>.

Im Übrigen müssen die Gesetze dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen<sup>227</sup>: Abzuwägen ist zwischen dem mit dem kommunalen Unternehmen verfolgten öffentlichen Zweck und der Beeinträchtigung der privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Staatliche Wirtschaftstätigkeit darf grundsätzlich nicht dazu führen, der Privatwirtschaft den Zugang zur unternehmerischen Betätigung unzumutbar zu erschweren<sup>228</sup>.

#### **d. Zwischenergebnis**

Kommunale Wirtschaftstätigkeit greift (potentiell) in die Art. 12, 14 und subsidiär in Art. 2 Abs. 1 GG ein<sup>229</sup> und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage, die ihrerseits verfassungs-

<sup>221</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., II., Rn. 78.

<sup>222</sup> BVerwGE 71, 183 (193).

<sup>223</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 121 m.w.N.

<sup>224</sup> D. II. 2. a. aa. (2.) und (3.); *Nipperdey*, in: *Bettermann/Nipperdey*, Grundrechte, Band IV/2, S. 885.

<sup>225</sup> BVerfG NJW 1971, 368 (369).

<sup>226</sup> D. II. 2. bb.

<sup>227</sup> *Jarass*, DÖV 2002, 489 (495).

<sup>228</sup> *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 2, C., V., Rn. 123.

<sup>229</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 93.

konform sein muss. Außerdem muss das gemeindliche Unternehmen einem öffentlichen Zweck dienen, da sich nur dann im Rahmen der Abwägung aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtfertigt, die Interessen betroffener privater Konkurrenten hinter denen der öffentlichen Hand hintanzustellen.

### **III. Demokratieprinzip**

Über Art. 28 Abs. 1 S. 1 und 2 GG findet das Demokratieprinzip der Verfassung, verankert in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG, seinen Eingang in die Ordnung der Bundesländer. Alle Staatsgewalt muss vom Volke ausgehen. Um festlegen zu können, welchen demokratischen Direktiven die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden unterliegt, muss zunächst eruiert werden, was unter dem Begriff der „Staatsgewalt“ zu verstehen ist.

#### **1. Staatsgewalt**

In der **Literatur** werden alle rechtserheblichen Handlungen der Organe und Amtswalter unabhängig von einer bestimmten Organisations- und Handlungsform und der Ausübung von Hoheitsgewalt unter den Begriff der Staatsgewalt subsumiert, solange nur ein Zurechnungszusammenhang zum Staat besteht<sup>230</sup>. Eine Verengung auf rechtserhebliche Akte ist abzulehnen, da dies sonst bedeuten würde, dass eine demokratische Legitimation entbehrlich wäre, wenn niemandes Rechtskreis berührt würde. In diesen Bereichen könnten die Organe und Amtswalter andernfalls legitimationsfrei schalten und walten. Dies könnte sogar so weit reichen, von verfassungsrechtlichen Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit abgesehen, Ressourcen zu verschwenden oder unsorgfältig mit ihnen umzugehen. Zum Gehalt des Demokratieprinzips gehört es jedoch gerade, dass sich die Organe und Amtswalter gegenüber dem Volk für ihr Tun und Unterlassen verantworten müssen<sup>231</sup>. Es erscheint nicht gerechtfertigt, dass es Bereiche des Staatshandelns geben können soll, in denen eine Verantwortlichkeit gegenüber dem Volk ausgeschlossen ist.

---

<sup>230</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig: GG, Art. 20, II., C., Rn. 90*; Böckenförde, in: *Isensee/Kirchhof: HStR, Bd. I, § 22 Rn. 13*; Gersdorf, *Öffentliche Unternehmen*, S. 49; Schink, *NVwZ* 2002, 129 (132) scheint sogar noch weiter zu gehen und jede Form der Staatstätigkeit unabhängig von ihrer Rechtserheblichkeit unter den Begriff der Staatsgewalt zu subsumieren.

<sup>231</sup> BVerfGE 83, 60 (71 f.).

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist jedes amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter Ausübung von Staatsgewalt<sup>232</sup>. Das BVerfG neigt allerdings dazu, ein Verbot ministerialfreier Räume nur dort auszusprechen, wo es um Entscheidungen von politischem Gewicht geht<sup>233</sup>. Als ministerialfrei wird die Verwaltung in den Bereichen bezeichnet, in denen sie nicht vom Volk (mindestens mittelbar über die Regierung) kontrolliert und legitimiert wird<sup>234</sup>. Fraglich ist, ob das Erfordernis demokratischer Legitimation dort nicht besteht, wo es sich um Entscheidungen nichtpolitischer oder untergeordneter Art handelt. Stellen diese dann keine Ausübung von Staatsgewalt dar? Und was ist mit den Akten nicht entscheidender, sondern nur tatsächlicher Art oder rein vorbereitenden, konsultativen Tätigkeiten<sup>235</sup>?

Teile des Schrifttums wenden sich dagegen, einen Bereichsvorbehalt anzuerkennen, vielmehr gelte das Gebot demokratischer Legitimation unbedingt, doch könne die Intensität ihrer Verwirklichung nach der Bedeutung der jeweiligen Aufgabe bzw. des jeweiligen Sachbereichs abgestuft werden<sup>236</sup>. Angesichts des sich sonst stellenden Problems einer möglichen Ressourcenverschwendung bei bestehender Steuerpflicht der Bürger oder des für das Gemeinwesen sinnlosen Einsatzes von Sach- und Personalmitteln liegt die Anerkennung eines Bagatellvorbehalts fern. Es stellt sich hier das gleiche Problem wie bei der Beschränkung auf rechtserhebliche Akte der Organe und Amtswalter. Sachgerechte Ergebnisse lassen sich auch über eine Anpassung des im Einzelfall notwendig zu erreichenden Legitimationsniveaus erzielen. Von einer (legitimationsbedürftigen) Staatsgewalt muss mithin bei der **von der öffentlichen Hand gesteuerten Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und der Ausübung staatlicher Befugnisse**<sup>237</sup> gesprochen werden.

Der Begriff der Staatsgewalt kann demnach nicht von dem Wortbestandteil „Gewalt“ her gedacht werden, dass etwa nur Zwangsrechte und Eingriffsbefugnisse gemeint seien. Vielmehr ist die Konsequenz des Demokratieprinzips in den Blick zu nehmen und danach zu fragen, welche Akte der Staatsorgane auf den Willen des Volkes zurückführbar sein müssen. Die Antwort kann nur lauten, dass **jeder** Akt der Organe und Amtswalter erfasst ist, da diese ihre Existenzberechtigung nur aufgrund des ihnen eingeschriebenen Dienstes am Gemeinwesen erfahren.

---

<sup>232</sup> BVerfGE 83, 60 (73) = NJW 1991, 159 (160).

<sup>233</sup> BVerfGE 9, 268 (282); 22, 106 (113).

<sup>234</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 135; *Ehlers*, Verwaltung, S. 125.

<sup>235</sup> BVerfGE 83, 60 (74).

<sup>236</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, II., C., Rn. 92 f.; *Schmidt-Assmann*, AöR 116 (1991), 329 (367); *Oebbecke*, VerwArch 81 (1990), 349 (356); *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137, 159 ff.

<sup>237</sup> BVerfGE 89, 155 (182), ähnlich auch *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (159).

Rein vorbereitende, beratende Tätigkeiten von Expertengremien ohne (Mit-)Entscheidungsbefugnis bedürfen unter diesem Gesichtspunkt zwar selbst nicht der demokratischen Legitimation<sup>238</sup>. Die eigentliche Entscheidung wird letztlich von staatlichen Organen getroffen. Doch arbeiten diese beratenden Institutionen nicht unentgeltlich, sie „kosten“ dem Staat etwas. Die Mitglieder dieser Gremien müssen zwar nicht selbst personell legitimiert sein und auch ihr inhaltliches Handeln bedarf keiner demokratischen Legitimation. Der diese Ausschüsse einsetzende **Beschluss** der staatlichen Organe muss jedoch demokratisch gerechtfertigt sein. Dies stellt in der Regel kein unüberwindbares Problem dar, denn zu dem Erfordernis, dass staatliches Handeln und staatliche Entscheidungen auf den Willen des Volkes zurückführbar sein und sich vor diesem verantworten lassen müssen, gehört eben auch, dass die öffentliche Hand ihr Tätigwerden ordnungsgemäß vorbereitet. Ohne entsprechende Konsultation ausgebildeter Fachleute wird dies in komplexen und schwierig gelagerten Fällen nur selten möglich sein.

Fraglich ist und bleibt dennoch, ob etwa auch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in privatem Rechtskleid der Staatsverwaltung zugerechnet werden kann<sup>239</sup>. Diese ausgegliederten Verwaltungseinheiten sind nicht Kommune selbst, sondern selbständig, von ihr different<sup>240</sup>. Zu untersuchen ist daher, wie der erforderliche **Zurechnungszusammenhang** zum Staat bzw. wie die Ausübung von Staatsgewalt bei Handeln in privater Organisationsform – insbesondere in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – hergestellt werden kann.

## 2. Zurechnung zum Staat

Steht nun fest, dass alles „staatliche“ Handeln und Unterlassen dem Gebot demokratischer Legitimation unterliegt, ist sodann danach zu fragen, wann es sich um einen der öffentlichen Hand zurechenbaren Akt handelt. Über Art. 20 Abs. 1 und 2 GG sind unstreitig der Bund, seine Behörden und Staatsorgane gebunden. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG implementiert das demokratische Prinzip des Grundgesetzes in die Ordnung der Gliedstaaten der Bundesrepublik. Als Teile der Länder werden somit auch die Kommunen verpflichtet<sup>241</sup>. Das den Gemeinden und Gemeindeverbänden über Art. 28 Abs. 2 GG garantierte Selbstverwaltungsrecht führt aber zu der Besonderheit, dass als ein eigenständiges Legitimationssubjekt das Gemeinde-/Kreisvolk

---

<sup>238</sup> BVerfGE 83, 60 (74).

<sup>239</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 51.

<sup>240</sup> Gurlit, NZG 2012, 249 (252); Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 230.

<sup>241</sup> BVerfGE 86, 148, 215.

hinzutritt, welches über die Kommunalwahlen eine Rückanbindung an seinen Willen begründet<sup>242</sup>. Im kommunalen Bereich existiert also eine **Zwei-Wege-Legitimation**, parlamentarisch und kommunal-administrativ vermittelt<sup>243</sup>.

Durch Anknüpfung an den Bund, die Länder und Kommunen werden auch die ihnen jeweils zugeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts an Art. 20 Abs. 1 und 2 GG gebunden. Es ist jedoch zweifelhaft, ob dies auch für die von der öffentlichen Hand gegründeten juristischen Personen des Privatrechts oder sonstige ihm zuzuordnende Privatrechtssubjekte gilt. Nicht gerechtfertigt erscheint es, Privatrechtssubjekte a priori aus der vollziehenden Gewalt auszuschneiden, vor allem dann wenn sie mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut sind<sup>244</sup>. Offensichtlich ist dies bei Eigengesellschaften der Kommunen, d.h. solchen Privatrechtssubjekten, deren Anteile die öffentliche Hand zu 100% hält. Denn die Gemeinde hätte ebenso gut auch eine öffentlich-rechtliche Organisationsform – wie den Eigenbetrieb, den Regiebetrieb, die öffentlich-rechtliche Anstalt – wählen können und hätte so dem Gebot demokratischer Legitimation unterlegen. Die Wahl des privaten Rechtskleides soll es aber nicht ermöglichen, sich von verfassungsnormativen Vorgaben freizumachen oder eine Umgehung zu ermöglichen. Bei **normativer** Betrachtung ist die Eigengesellschaft nicht nur ein Geschöpf der Kommune, für welches sie einzustehen hat, sondern mit ihr **gleichzusetzen**; damit übt auch die Gesellschaft im Ergebnis Staatsgewalt aus<sup>245</sup>.

Weniger einfach sind die Beteiligungsgesellschaften einzuordnen. Hier befinden sich die Anteile an der Gesellschaft in der Hand Privater einerseits und der Gemeinde andererseits. Das Prinzip demokratischer Legitimation bindet aber nur die Staatsorgane und die Organe und Amtswalter, welche die Staatsgewalt treuhänderisch für das Volk ausüben, nicht jedoch Private. Schon vom Ansatz an ist die Auffassung, welche die **Gesellschaft selbst** und ihr Handeln der Notwendigkeit demokratischer Legitimation zu unterstellen sucht, abzulehnen.

Es würde sonst vernachlässigt, dass es sich bei der in Kapitalgesellschaftsform geführten Unternehmen um ein anderes Rechtssubjekt handelt. Diese Unternehmen sind rechtlich selbständig und wegen der Beteiligung (auch) Privater gerade nicht mit der Gemeinde gleichzusetzen<sup>246</sup>.

---

<sup>242</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig*: Art. 20, II., D., Rn. 171; *Hellermann*, in: BeckOK, GG, Art. 28 Rn. 11.

<sup>243</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig*: Art. 20, II., D., Rn. 171.

<sup>244</sup> Ehlers, *Verwaltung*, S. 125 f.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (159 f.).

<sup>245</sup> Ehlers, *JZ* 1987, 218 (224).

<sup>246</sup> *Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge*, S. 230.



Das BVerfG und Teile der Literatur<sup>247</sup> verfolgen jedoch den Ansatz, das gemischtwirtschaftliche Unternehmens selbst sei den Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG zu unterwerfen, wenn es vom öffentlichen Anteilseigner beherrscht werde<sup>248</sup>. Begründet wird dies damit, dass allein Einwirkungspflichten und Rechte des öffentlichen Anteilseigners nicht genügen würden, um dessen Grundrechtsbindung zu verwirklichen, die sich als Konsequenz auch aus dem Demokratieprinzip ergibt. Auch eine quotenmäßige Betrachtung würde hier nicht genügen<sup>249</sup>. Eine Zurechnung der Unternehmensaktivitäten zum Bereich des staatlichen Handelns ist vor allem aber deshalb bedenklich, da die juristische Person des Privatrechts sonst zugleich grundrechtsverpflichtet würde: Simultane Grundrechtsberechtigung und –verpflichtung sind jedoch grundsätzlich ausgeschlossen (sogenannte Konfusionstheorie<sup>250</sup>). Über eine Verpflichtung des gesamten Unternehmens auf das demokratische Prinzip würden zumindest private Anteilseigner ihrer Grundrechtsberechtigung beraubt. Der Rekurs auf eine Beherrschung des Unternehmens durch die öffentliche Hand, welche eine Grundrechtsbindung der Gesellschaft bedinge, stellt außerdem argumentativ einen Zirkelschluss dar. Der herrschende Einfluss ist gleichsam **Bedingung oder Folgerung** aus der und nicht Grund für die Ausübung von Staatsgewalt<sup>251</sup>. Dass die Kommune sich Ingerenzmöglichkeiten bei der Operation mit gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ausbedingt, ist ihre verfassungsrechtliche Pflicht, aber nicht Anknüpfungspunkt für die Beantwortung der Frage, wann es sich um eine als Staatsgewalt zu klassifizierende Tätigkeit handelt.

Auch wäre es unverständlich, die Tätigkeit der öffentlichen Hand bei einer bloßen Minderheitsbeteiligung vom Erfordernis demokratischer Legitimation freizustellen, hätte die Kommune doch sonst einen Anreiz, sich stets ohne beherrschenden Einfluss an einem Unternehmen zu beteiligen<sup>252</sup>. Sie müsste sich dafür vor dem Volk nicht verantworten und wäre jeder Kontrolle entzogen, könnte aber zugleich in den Genuss der Vorteile gelangen, die eine solche Wirtschaftsbetätigung mit sich bringt. Die Gemeinden könnten dazu verleitet werden, sich flächendeckend minderheitlich an privaten Unternehmen zu beteiligen, ohne sich Einflussrechte auszubedingen; könnten an der Generierung von Gewinnen teilhaben, **ohne den Nachteil der parlamentarischen Verantwortlichkeit** und demokratischen Einflussssicherung tragen zu müssen. Außerdem würde dies zu einem Verfälschen des Wettbewerbs führen, wenn

<sup>247</sup> Gurlit, NZG 2012, 249 (252); Storr, Staat als Unternehmer, S. 88; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 166.  
<sup>248</sup> BVerfG NJW 2011, 1201 (1203 Rn. 53).

<sup>249</sup> BVerfG NJW 2011, 1201 (1203 Rn. 52).

<sup>250</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 170.

<sup>251</sup> Vgl. Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 109.

<sup>252</sup> So aber Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 166, der als maßgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit des Prinzips demokratischer Legitimation den „bestimmenden Einfluss“ der öffentlichen Hand ansieht.

die Gemeinde sich nach Belieben bzw. bedingungslos an einzelnen privaten Unternehmen beteiligen und diese finanziell unterstützen könnte, wohingegen Konkurrenzunternehmen auf diese monetäre Unterstützung verzichten müssen.

Um Rechte, Pflichten und Kompetenzen nicht miteinander zu vermengen, erscheint im Falle der Beteiligungsgesellschaften, welche nicht mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beliehen worden sind, nur eine Gesamtbetrachtung<sup>253</sup> interessengerecht und angesichts verfassungsrechtlicher Vorgaben angemessen zu sein. Sobald Privatrechtssubjekte über Anteile an dem Unternehmen verfügen, darf ihre grundrechtliche und wirtschaftliche Freiheit nicht unangemessen verschmälert werden, sie müssen die existenten gesellschaftsrechtlichen Instrumentarien im Rahmen der Gesetze nach ihrem Willen ausnutzen dürfen.

Die Motivation der Beteiligung an diesen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist für die öffentliche Hand außerdem eine andere als für die privaten Anteilseigner. Während die Kommune das Unternehmen dazu nutzt (obgleich sie in praxi freilich ebenfalls nach Profiten strebt), Verwaltungsaufgaben zu erledigen<sup>254</sup>, stellt sich die wirtschaftliche Betätigung der Gesellschaft aus Sicht der Privaten als Instrument zur Grundrechtsverwirklichung und Freiheitsausübung dar<sup>255</sup>. Schon aus diesem Grund erscheint eine differenzierte, aufspaltende Betrachtungsweise angemessen. Gefolgt werden kann zwar nicht der These des BVerfG, das Unternehmen unterliege indiziell einer Grundrechtsbindung, wenn die öffentliche Hand die Mehrheit der Anteile am Unternehmen halte und daher zu vermuten sei, dass diese die Gesellschaft beherrsche, wohl aber dem Topos der Anknüpfung an die Übernahme einer „Gesamtverantwortung“ für das Unternehmen<sup>256</sup>. Die öffentliche Hand muss ihre Gesamtverantwortung vor allem dann nachkommen, wenn sich die Gesellschaft in grundrechtssensiblen Bereichen bewegt. Hier muss zunächst wertend danach gefragt werden, wie der Sachverhalt zu beurteilen wäre, wenn die öffentliche Hand mit einer Eigengesellschaft operieren würde: Würden sich hier dann grundrechtliche Fragen stellen oder sonstige Verfassungsgüter betroffen sein? Sollte dies bejaht werden, ist sodann davon auszugehen, dass die öffentliche Hand durch (indem sie das Unternehmen instrumentalisiert) und trotz (wiewohl sie sich einer privaten Organisationsform mit gegebenenfalls privaten Anteilseignern bedient) der Beteiligung Staatsgewalt ausübt. Dies verwässert freilich den Grundrechtsschutz privater Gesellschafter nicht, da der Blick nicht auf das Unternehmen, sondern auf die öffentliche Hand gelenkt wird. Über

---

<sup>253</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 156.

<sup>254</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn 24.

<sup>255</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 136.

<sup>256</sup> BVerfG NJW 2011, 1201 (1203 Rn. 53 f.).

die Gesamtverantwortung gelangt man zu dem Schluss, dass Staatsgewalt vorliegt, welche legitimationsbedürftig ist. Die „Gesamtverantwortung“ ist nicht abhängig von einer Beteiligungsquote. Sie hat aber zur Folge, dass die öffentliche Hand sich Einflussrechte sichern muss. Die Kommune, nicht aber das Unternehmen in seiner Gesamtheit, treffen grundrechtliche Schutz- und verfassungsrechtliche Rechtsfertigungspflichten. Zur Vermeidung von Irritationen sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese „Gesamtverantwortung“ für das Unternehmen zur Begründung von Staatsgewalt eine andere Verantwortung ist, als diejenige, welche unmittelbar aus dem Demokratieprinzip folgt. Jenes fordert die Übernahme von „Verantwortung“, nur so kann ein Legitimationsstrang zum Volk als originären Träger von Staatsgewalt hergestellt werden.

„Gesamtverantwortung“ für das Unternehmen<sup>257</sup> trifft die öffentliche Hand, wenn es von dieser **instrumentiert** wird, insbesondere um staatliche Funktionen zu erfüllen, es also lediglich ein Werkzeug ist, dessen sich die Kommune auch in öffentlich-rechtlicher Form hätte bedienen können.

Die Zurechnung zur staatlichen Sphäre hängt jedenfalls nicht von der Art der wahrgenommenen Aufgabe ab, dass etwa die Übernahme von Daseinsvorsorgeaufgaben darüber entscheiden soll, ob das Unternehmen Staatsgewalt ausübt oder nicht<sup>258</sup>. Die Trennung von Staat und Gesellschaft wird nicht von der Klassifizierung der jeweiligen Aufgabe bestimmt. Dies verdeutlichen die Kommunalordnungen über die Subsidiaritätsklausel: Die Kommunen dürfen i.d.R. nur dann öffentliche Interessen verfolgende Unternehmen gründen, betreiben und erweitern, wenn der Zweck des Unternehmens nicht gleichartig oder besser durch einen anderen (Privaten) erfüllt werden kann<sup>259</sup>. Hiermit wird zum Ausdruck gebracht, dass Private auch solche Arten von Aufgaben erledigen können, derer sich auch die Kommune annehmen würden. Bestimmte Aufgaben unterliegen nur dem „ersten Zugriff“ des Staates<sup>260</sup>, Private werden aber von der Wahrnehmung solcher Aufgaben nicht verdrängt<sup>261</sup>. Von einer Übertragung ausgeschlossen sind nur Staatsaufgaben im engeren Sinne, d.h. solche Aufgaben, die die öffentliche Hand selbst durch eigene Behörden zu erledigen hat<sup>262</sup>. Welche Aufgaben hier konkret erfasst sind, ist weitestgehend ungeklärt, wie bereits gezeigt wurde<sup>263</sup>. Dies ist an dieser Stelle aber

---

<sup>257</sup> In Abgrenzung zur Verantwortung gegenüber dem Volk.

<sup>258</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 152 m.w.N.; Ehlers, JZ 1987, 218 (225).

<sup>259</sup> Vgl. § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW; § 71 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ThürKO.

<sup>260</sup> Katz, NVwZ 2010, 405 (408).

<sup>261</sup> Vgl. Badura, DÖV 1998, 818 (823).

<sup>262</sup> BVerfGE 107, 59 (93) - Lippeverband; Becker, DÖV 2004, 910 (914).

<sup>263</sup> Siehe Kapitel 4 C. IV.

ohnehin im Wesentlichen irrelevant, da die Art der Aufgabe kein Kriterium für die Zurechnung zur staatlichen Sphäre ist. Staatsaufgaben wären insofern nur ein Ausschlussmoment aus dem Bereich privater Wahrnehmung.

Sofern das (gemischtwirtschaftliche) Unternehmen mit hoheitlichen Befugnissen beliehen und so mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut wurde, wird dieses in den staatlichen Bereich integriert und übt insofern legitimationsbedürftige Staatsgewalt aus<sup>264</sup>.

Insgesamt lässt sich folglich festhalten, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts und solche des Privatrechts, sofern sie sich vollständig in öffentlicher Hand befinden, mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut sind (Fall der Beleihung), Staatsgewalt ausüben und demzufolge dem Gebot demokratischer Legitimation unterliegen. Handelt es sich um Beteiligungsgesellschaften, welche als „Verwaltungshelfer“<sup>265</sup> in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben integriert werden, besteht für die Kommune die Verpflichtung, ihr Handeln entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben auszurichten. Sie übt über das Unternehmen Staatsgewalt aus, dieses selbst wird indes nicht unmittelbar verpflichtet.

### **3. Rechtsfolge der Ausübung von Staatsgewalt**

Steht fest, dass Staatsgewalt ausgeübt wird, muss sich die öffentliche Hand den Anforderungen des Demokratieprinzips entsprechend verhalten. Inhaltlich verlangt das Gebot demokratischer Legitimation, dass das Volk über einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die Organe und Amtswalter verfügen muss<sup>266</sup>.

Auch bei einer (Minderheits-)Beteiligung muss sie sich (i.d.R. gesellschaftsvertraglich oder über begleitende sonstige Vertragswerke) solche Rechte vorbehalten, die ihr ein steuerndes Einwirken auf die Gesellschaft ermöglichen<sup>267</sup>, sodass dieses sich nicht von der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks entfernt. Das Handeln der Kommunen ist nur dann auf den Willen des Volkes zurückführbar, wenn es Gemeinwohlzwecken – also einem öffentlichen Interesse – dient<sup>268</sup>. Nur wenn die entsprechende Verpflichtung des Unternehmens auf dieses Interesse sichergestellt ist und die Gemeinde über effektive Ingerenzrechte verfügt, um bei Abweichungen von dieser Zweckverfolgung intervenierend eingreifen zu können, darf sich die öf-

---

<sup>264</sup> Gurlit, NZG 2012, 249 (253); Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 155.

<sup>265</sup> Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 230.

<sup>266</sup> BVerfGE 83, 60 (71 f.).

<sup>267</sup> Püttner, Unternehmen, S. 137.

<sup>268</sup> Ehlers, Verwaltung, S. 85.

fentliche Hand an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligen. Dabei kommt es freilich nicht darauf an, alle gesellschaftsrechtlichen, vertraglichen und sonstigen Mechanismen erschöpfend oder optimal auszunutzen<sup>269</sup>, um dem Gebot demokratischer Legitimation gerecht zu werden. Ausreichend ist das Erreichen eines bestimmten, der Wichtigkeit der jeweils wahrgenommenen Aufgaben und den Beteiligungsverhältnissen angepassten **Ingerenzniveaus** (Lehre vom notwendigen Ingerenzniveau). Es müssen so viele Kontroll- und Einwirkungsrechte in der Hand der Gemeinde vereint sein, dass sie auf die Geschicke des Unternehmens zugunsten der Verwirklichung des öffentlichen Zwecks Einfluss nehmen kann.

Eine unmittelbare Wahl der die Staatsgewalt-Ausübenden ist nicht erforderlich<sup>270</sup>. Notwendig ist das Erreichen eines hinreichenden Gehalts an demokratischer Legitimation<sup>271</sup>, eines ausreichenden Legitimationsniveaus<sup>272</sup>. Dieses kann über das Zusammenwirken verschiedener Legitimationsformen erreicht werden: institutionelle, funktionelle, sachlich-inhaltliche und der personelle Legitimation<sup>273</sup>. Aus dem Zusammenspiel dieser Legitimationsmöglichkeiten ergibt sich etwa, dass dem Parlament kein Entscheidungsmonopol zuzugestehen ist.

#### **a. Personelle demokratische Legitimation**

Die personelle demokratische Legitimation lässt sich über eine ununterbrochene Legitimationsskette vom Volk über die von diesem gewählte Vertretung zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern herstellen<sup>274</sup>. Die einzelnen Berufungen, die zwischen Volk und handelndem Amtswalter liegen, müssen sich auf das Volk als Legitimationssubjekt zurückführen lassen<sup>275</sup>. Auf Bundesebene reicht die Legitimationsskette vom Volk über die Wahl der Abgeordneten im Parlament über die Ernennung der Minister von dem durch den Bundestag gewählten Bundeskanzler bis hin zur Ernennung der Beamten, sonstigen Vorgesetzten und einzelnen Amtswalter<sup>276</sup>. Entsprechendes gilt auf Landesebene. Die notwendige individuelle Berufung des Amtswalters kann also über Wahl oder Ernennung erfolgen<sup>277</sup>. Die Entscheidungsträger in einem öffentlichen Unternehmen verfügen dann über personelle Legi-

---

<sup>269</sup> Mithin besteht keine Optimierungspflicht.

<sup>270</sup> BVerfGE 77, 1 (40).

<sup>271</sup> BVerfGE 83, 60 (72).

<sup>272</sup> BVerfGE 83, 60 (72); 93, 37 (66 f.); 107, 59 (87).

<sup>273</sup> BVerfGE 107, 59 (87).

<sup>274</sup> BVerfGE 77, 1 (40).

<sup>275</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 20, II., D., Rn. 121 und 125.

<sup>276</sup> Huster/Rux, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 94.

<sup>277</sup> Grzeszick, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 20, II., D., Rn. 121.

timisation, wenn sie ihre Position zumindest mittelbar der Wahl durch das Volk verdanken<sup>278</sup>. Dies geschieht innerhalb der Gemeinde über die Wahl der Gemeinderatsmitglieder und so dann über ihren Beschluss zur Entsendung von Mitgliedern aus den eigenen Reihen oder sonstigen Personen, die als kommunale Vertreter in den Organen des Unternehmens die Gemeindeinteressen wahrnehmen.

### **b. Sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation**

Bei der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation erfolgt eine inhaltliche Rückanbindung an den Willen des Volkes, nämlich einerseits über die parlamentarische Gesetzgebung und andererseits über die Verantwortlichkeit der Regierung und der ihr nachgeordneten Verwaltung<sup>279</sup>. Verantwortung wird vor allem über Aufsichts- und Weisungsrechte übernommen<sup>280</sup>. Das municipale Handeln im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung wird zum einen dann sachlich-inhaltlich legitimiert, wenn sich die Kommunen im gesetzlich vorgezeichneten und abgesteckten Grenzen bewegen. Die wirtschaftliche Betätigung selbst samt der entsprechenden Organisationsform (sofern das Unternehmen nicht als unselbständige Institution geführt werden soll) muss den Gemeinden erlaubt sein, sofern die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen eingehalten werden. Zum anderen muss die Kommune über die Wahrnehmung von Ingerenzrechten auf ihre Unternehmen einwirken und sich Weisungen der Rechtsaufsichtsbehörde ergeben.

Die Regelungsdichte der jeweiligen gesetzlichen Grundlage wird weniger vom Demokratieprinzip als von der Wesentlichkeitsrechtsprechung bestimmt<sup>281</sup>. Grundsätzlich ist es daher denkbar, der Verwaltung Beurteilungs- und Ermessensspielräume einzuräumen. Vor dem Hintergrund von Art. 28 Abs. 2 GG gilt dies umso mehr, als dass das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden die Befugnis zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung umfasst. Die örtlichen Gegebenheiten einzuschätzen und das Unternehmen entsprechend der konkreten Bedürfnisse anzupassen, ist die Gemeinde in der Regel besser qualifiziert als der Gesetzgeber. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Wahl der Organisationsform. Freilich kann und muss die Legislative insoweit Ausgestaltungsvorgaben machen, um die notwendige demokratische

<sup>278</sup> Vgl. BVerfGE 47, 253 (275); 77, 1 (40).

<sup>279</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, II., D., Rn. 122; *Wolfers/Kaufmann*, DVBl. 2002, 507 (513); *Mann*, Die öffentlich-Rechtliche Gesellschaft, S. 66.

<sup>280</sup> *Huster/Rux*, in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 95.

<sup>281</sup> Vgl. *Huster/Rux*, in BeckOK GG, Art. 20 Rn. 97.

Rückanbindung an den Volkswillen herzustellen, ist doch die wirtschaftliche Betätigung für das Gemeinwesen wesentlich: Grundsätzlich kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Einzelne in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch das Auftreten der öffentlichen Hand eingeschränkt wird oder dass diese ihm sogar über Verdrängungswettbewerb unmöglich gemacht wird<sup>282</sup>. Das Betreiben eines Unternehmens durch die Gemeinden ist daher potentiell grundrechtsrelevant und bedarf daher einer Rechtfertigung und Rückführung auf den Volkswillen.

### **c. Institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation**

Diese Legitimationsformen sind Bestandteile des Konzepts gewaltenteilender Aufgabenwahrnehmung und –verantwortung. Qua Kreation durch die am Demokratieprinzip orientierten Verfassung<sup>283</sup>, Art. 20 Abs. 2 GG, besitzen die Staatsorgane in ihrer Zuordnung zur Exekutive, Legislative oder Judikative eine institutionelle, und über die Zuweisung der Aufgaben des Gesetzgebens, Rechtsprechens, Regierens bzw. Ausführens eine funktionelle demokratische Legitimation. Auf der Hand liegt, dass dies die schwächsten Legitimationsformen sind. In der Literatur wird gleichwohl zum Teil die Ansicht vertreten, der personell-legitimatorische Nachteil der Verwaltung gegenüber dem Parlament aufgrund fehlender unmittelbarer Volkswahl werde durch die „verfassungsunmittelbare Funktionslegitimation“ aufgewogen<sup>284</sup>. Die im Namen der öffentlichen Hand Handelnden lassen sich jedoch immer einer der drei Gewalten zuordnen und besitzen daher funktionell-institutionelle demokratische Legitimation. Was insbesondere das wirtschaftliche Agieren der Kommune betrifft, lässt sich dieses dem Bereich der Exekutive zuordnen, gleich in welcher Rechts- oder Organisationsform dies geschieht. Eine bessere, weil näher am Volkswillen orientierte, Legitimation lässt sich freilich über eine unmittelbare Wahl durch die Bürger erreichen. Selbstverständlich wird auch diese Form demokratischer Legitimation schwächer, je länger die Kette mittelbarer Berufungen der Organe und Amtswalter wird; die Distanz zum Volkswillen vergrößert sich fortwährend. Das BVerfG konstatierte zwar bereits, dass das Demokratieprinzip entwicklungsoffen sei und eine fehlende lückenlose personelle Legitimation aller Entscheidungsbefugten durch andere Formen der Legitimation kompensiert werden könne<sup>285</sup>, doch ist die personelle die stärkste Form der Legitimation, zielt sie doch auf die Legitimation von Entscheidungsfreiräumen ab und stellt sie

<sup>282</sup> Siehe D. II. 2.; *Otting*, DVBl. 1997, 1258 (1260).

<sup>283</sup> BVerfGE 49, 89 (125) = NJW 1979, 359.

<sup>284</sup> *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, II., D., Rn. 124.

<sup>285</sup> BVerfGE 107, 59 (91).

doch die einzige dem Legitimationssubjekt „Volk“ unmittelbar zur Verfügung stehende Form der Legitimation dar<sup>286</sup>. Eine gleichwertige oder kompensatorische Wirkung kann der institutionell-funktionellen Legitimation nicht nachgesagt werden, wohl aber eine ergänzende. Im Ergebnis dient die funktionell-institutionellen Legitimation der Herleitung eigener Entscheidungskompetenzen der Exekutive unter Ausschluss eines Parlamentstotalvorbehalts einerseits und der abstrakten Funktionengliederung andererseits, welches eine fehlende Einzellegitimation des jeweils konkret Handelnden nicht zu ersetzen vermag<sup>287</sup>.

Indem sich die Exekutive aber an die vom Parlament als dem unmittelbar demokratisch legitimierten Organ beschlossenen Gesetze hält, gewinnt die sachlich-inhaltliche Legitimation an Bedeutung, denn der Gesetzgeber kann so das Organwalterhandeln der Exekutive an seine Vorstellungen binden und steuern<sup>288</sup>.

#### **4. Herstellung der Verantwortung gegenüber dem Volk: Einwirkung und Kontrolle**

Die Ausübung von Staatsgewalt muss sich permanent legitimieren lassen. Dazu gehört insbesondere bei wirtschaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand die **stete Ausrichtung** auf einen öffentlichen Zweck<sup>289</sup>. Eine Sicherstellung der dauernden Rückanbindung des Verwaltungshandelns an den Volkswillen resp. an den öffentlichen Zweck erfolgt über eine begleitende Kontrolle und ein eingreifendes Steuern bei Fehlentwicklungen<sup>290</sup>. Die Exekutivspitze kann nämlich nur dann der ihr auferlegten Rechenschaftspflicht nachkommen, wenn sie das Verwaltungshandeln kontinuierlich kontrolliert und auf dieses einwirkt<sup>291</sup>.

Allgemein gängige Ingerenzinstrumente sind Aufsichts- und Weisungsrechte der übergeordneten Behörden. Für den kommunalen Bereich bilden vor allem Satzungen, der Haushalt und die Kontrolle durch hauptamtliche Gemeindebedienstete einen wesentlichen Bestandteil der Steuerung<sup>292</sup>.

Bezüglich der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen ist die Aufsicht auf eine Rechtsaufsicht beschränkt<sup>293</sup>. Die Rechtsaufsichtsbehörde kann nur auf Maßnahmen der Kommunen reagieren, die gegen geltendes Recht verstoßen. Ihre Möglichkeiten zum Einschreiten reichen

---

<sup>286</sup> Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 359.

<sup>287</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, II., D., Rn. 123 f.

<sup>288</sup> Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 359.

<sup>289</sup> Berg, *WiVerw* 2000, 141 (149).

<sup>290</sup> So auch Mann, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, S. 66.

<sup>291</sup> Kraft, *Verwaltungs gesellschaftsrecht*, S. 91.

<sup>292</sup> Grzeszick, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, II., D., Rn. 172.

<sup>293</sup> Vgl. insbesondere § 71 Abs. 5 und § 72 ThürKO.



bei privaten Organisationsformen jedoch weniger weit als bei öffentlich-rechtlicher Unternehmensstruktur, wie noch aufzuzeigen sein wird<sup>294</sup>.

Aus dem Demokratieprinzip folgt jedenfalls auch die Verpflichtung der Exekutive, sich ihre Verantwortung zu bewahren und die Wahrnehmung der ihr zugedachten Aufgaben nicht an Stellen außerhalb ihrer Einwirkungsmöglichkeiten zu delegieren<sup>295</sup>. Für öffentliche Unternehmen, die mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut wurden, bedeutet dies, diese so zu strukturieren, dass die Kommune fortwährend effektiven Einfluss auf sie ausüben kann. Bei öffentlich-rechtlicher Organisation ist dies tendenziell besser und einfacher zu handhaben als bei dem Privatrechtsregime unterworfenen Gesellschaften. Der Hauptverwaltungsbeamte – der Bürgermeister bei der Gemeinde/Stadt oder der Landrat beim Landkreis – kann Beschlüsse des Gemeinde-/Stadtrats oder Kreistags leichter umsetzen, wenn das öffentliche Unternehmen unmittelbar dem öffentlichen Recht unterliegt, was nur bei öffentlich-rechtlicher Unternehmensstruktur der Fall ist. Bei den unselbständigen Unternehmen in öffentlich-rechtlichem Rechtsgewand kann er bei Angelegenheiten der laufenden Verwaltung selbst – ohne Einschaltung des Rats – intervenieren, indem er sich an die Stelle der Werkleitung beim Eigenbetrieb setzt. Beim Regiebetrieb kann er sogar direkt Anweisungen erteilen, ist die interne Willensbildung hier doch an die Instanzen der Trägerkörperschaft gebunden<sup>296</sup>. Bei den Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung gestaltet sich dies schwieriger. Es stellt sich das Problem, zwei sich zum Teil widersprechende Rechtsregime miteinander zu vereinbaren. Strittig ist insbesondere die Frage, ob Mitglieder von Gesellschaftsorganen, weil ihnen nach dem Gesellschaftsrecht eine eigenverantwortliche Stellung eingeräumt wird, von der Kommunen angewiesen werden dürfen<sup>297</sup>. Vorgegriffen sei nur so viel: Bei der Verneinung der Weisungsgebundenheit der gemeindlichen Vertreter in der Geschäftsführung, im Vorstand oder im Aufsichtsrat ist dann stattdessen zu fragen, wie die notwendige Rückkoppelung an die Vorschriften des Kommunalwirtschaftsrechts bewerkstelligt werden kann. Hier wird besonders das Problem der (sachlich-inhaltlichen) demokratischen Legitimation deutlich. Als Gesellschaftsorganmitglieder agieren die von der Gemeinde entsandten Vertreter zwar gesetzeskonform, wenn sie sich an die Vorgaben des vom Bundesgesetzgeber erlassenen Gesellschaftsrechts halten – insofern ist ihr Handeln sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert. Doch wenn sie sich dabei von der Verfolgung eines öffentlichen

---

<sup>294</sup> Kapitel 4 I., III. 2. c., VIII.

<sup>295</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 67.

<sup>296</sup> Altmeppen, NJW 2003, 2561.

<sup>297</sup> Eine detaillierte Erörterung dieses Problems findet sich in Kapitel 4 C. III. 1. c.

Zwecks entfernen – der im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung<sup>298</sup> entgegen kommunalrechtlicher Vorgaben nicht aufgenommen wurde -, fehlt es gewissermaßen an sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation, sofern nicht das Gesellschaftsrecht das Landesrecht derogiert. Da die Betätigung der öffentlichen Hand aber aus demokratischer Perspektive dem Willen des Volkes entsprechen muss, sich also nur rechtfertigt, müssen Vorkehrungen getroffen werden, um zu verhindern, dass sich die Kommune zwar an die Regeln des Gesellschaftsrechts hält, jedoch einen öffentlichen Zweck nicht verfolgt. Diese Gefahr besteht vor allem in Beteiligungsgesellschaften bei privater Übermacht, greift hier doch Gewinnstreben Platz. Die öffentliche Hand darf aber nicht die gleichen Freiheiten, die das Gesellschaftsrecht insbesondere mangels Vorgabe des zu verfolgenden Unternehmenszwecks verspricht, für sich beanspruchen, um so den Bindungen des öffentlichen Rechts zu entgehen. Das Gesellschaftsrecht dient der Gewährleistung, Begrenzung und Reglementierung von Freiheitsräumen, also von Grundrechtsausübungen. Die Kommune ist aber nicht grundrechtsfähig, sondern grundrechtsverpflichtet<sup>299</sup>. Für sie sind die Spielräume und Freiheiten des Selbstverwaltungsrechts einschließlich der Direktiven, die die Legislative zur Begrenzung der Ausübung setzt, maßgeblich. Eine „Flucht ins Privatrecht“<sup>300</sup> ist daher unzulässig. Die Gemeinde darf ihren Vertretern in den Unternehmen zwar Spiel lassen, muss sie aber weiterhin an der „Leine“ führen, mit anderen Worten muss sie sich ihren Einfluss derart bewahren, dass sie im Notfall eingreifend tätig werden kann und nicht tatenlos zusehen muss.

## **5. Zusammenfassung**

Anhand vorstehender Ausführungen wurde zunächst deutlich gemacht, dass zum Begriff der Staatsgewalt die staatlich gesteuerte Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, mithin alles staatliche Handeln, gehören. Es schloss sich dann sogleich die Frage an, wann staatliches – d.h. ein der öffentlichen Hand zurechenbares – Handeln vorlag. Es wurde festgestellt, dass zunächst die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinde und die ihnen zugeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts dem Gebot demokratischer Legitimation unterliegen. Eine Eigengesellschaft der öffentlichen Hand ist

---

<sup>298</sup> Das Gesellschaftsstatut der GmbH wird als Gesellschaftsvertrag, dasjenige der AG als Satzung bezeichnet, wobei dieser Begriff sich nach § 2 AktG aus dem „festgestellten Gesellschaftsvertrag“ ergibt. Inhaltlich ist mit beiden Begriffen keine Änderung verbunden, beide bezeichnen die organisatorische Grundlage der Gesellschaft, weshalb auch der Begriff der „Satzung“ in der GmbH gebräuchlich ist und auch in dieser Arbeit so verwendet wird: *Harbarth*, in: *MüKO GmbHG*: § 53 Rn. 8.

<sup>299</sup> BVerfGE 61, 82 (100 ff.) = NJW 1982, 2173 f. – Sasbach; *Otting*, DVBl. 1997, 1258 (1260).

<sup>300</sup> Begriffsprägung durch *Fleiner*, Institutionen des VerwaltungsR, 8. Aufl. (1928), S. 326.

- da sie (die öffentliche Hand) sämtliche Anteile an ihr hält, sie also vollständig ihrem steuernden Einfluss unterliegt -, gleichsam ihr Werkzeug bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Diese Gesellschaften sind ebenfalls der staatlichen Seite zurechenbare und legitimationsbedürftige Institutionen.

Bei Beteiligungsgesellschaften entscheidet nicht die Art der wahrgenommenen Aufgabe über die Zurechnung zur staatlichen Sphäre. Bei einer **Beleihung** des Unternehmens mit hoheitlichen Befugnissen wird dieses selbst in den Bereich des öffentlichen Rechts integriert und dem Staat zugeordnet. Ansonsten muss innerhalb der Gesellschaft zwischen den privaten Gesellschaftern und der öffentlichen Hand als Anteilseignerin **unterschieden** werden. Die Gesellschaft an sich unterliegt in ihrer Tätigkeit nicht dem Gebot demokratische Legitimation, wohl aber das **Handeln der öffentlichen Hand** als Gesellschafterin. Nach der Lehre vom notwendigen Ingerenzniveau muss sie sich so viele (Gesellschafter-)Rechte vorbehalten, dass sie sicherstellen kann, dass das Unternehmen einen öffentlichen Zweck verfolgt und sich von diesem auch nicht entfernt. Sollte ihr dies nicht gelingen, ist ihr die Beteiligung an einer solchen Gesellschaft **untersagt**.

Weiterhin existiert kein starr vorgegebenes Programm, welches vorgibt, wie demokratische Legitimation herzustellen ist. Ausreichend ist das Erreichen eines bestimmten Legitimationsniveaus, bestehend aus einem Zusammenspiel aus personeller, sachlich-inhaltlicher und/oder funktionell-institutioneller Legitimation. Bedeutung gewinnen insbesondere die personelle und die sachlich-inhaltliche Legitimation. Erstere ist gegeben, wenn die Gemeindevertreter ihre Entsendung in das Unternehmen einem Beschluss des Gemeinderats als von den Einwohnern der Kommune unmittelbar legitimiertem Organ verdanken. Die sachlich-inhaltliche Legitimation ist zu bejahen, wenn sich die Organe und Amtswalter mit ihrem Tun innerhalb der Grenzen der Gesetze bewegen, sie das Unternehmenshandeln so beeinflussen, dass es stets auf die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks ausgerichtet ist. Hierfür müssen sie einwirkend und kontrollierend eingreifen, d.h. Ingerenzmöglichkeiten ausnutzen. Welche dies im konkreten Falle sind, ist abhängig von der Rechtsnatur des Unternehmens und seiner Organisationsform. Nach der Lehre vom Ingerenzniveau sind nur solche Rechtskleider zulässig, die der öffentlichen Hand das Erreichen eines ausreichenden Ingerenzniveaus ermöglichen, was im Fortgang der Arbeit näher untersucht und aufgezeigt wird<sup>301</sup>.

---

301

Kapitel 4 IV.

## **IV. Rechtsstaatsprinzip**

Das Rechtsstaatsprinzip beansprucht auch auf der Ebene der Länder, einschließlich ihrer Gemeinden, Geltung, Art. 28 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Die allgemeinen und besonderen Ausprägungen dieses Staatsstrukturprinzips sind daher auch im Bereich kommunaler Wirtschaftstätigkeit zu beachten.

### **1. Vorrang des Gesetzes**

Der Vorrang des Gesetzes postuliert ein Verbot des Handelns gegen bestehende Gesetze. Seine Wirkung auf dem Gebiet staatlicher/kommunaler Wirtschaftstätigkeit entfaltet dieses Prinzip, wenn gesetzliche Regelungen der öffentlichen Hand die Aufnahme einer Wirtschaftstätigkeit explizit untersagen, sie von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig machen oder wenn Spezialgesetze - wie etwa die Sparkassengesetze der Länder – ihr eine spezielle Organisationsform vorschreiben. Der erste Fall begründet die Unzulässigkeit wirtschaftlicher Aktivität, der letzte Fall gibt der öffentlichen Hand Ausführungsmodalitäten als notwendige - wegen des Erfordernisses der Erfüllung weiterer Voraussetzungen aber nicht hinreichende – Bedingungen vor. Dies entspricht der Ausgestaltungsprärogative des Gesetzgebers nach Art. 28 Abs. 2 GG, wonach die Selbstverwaltungsgarantie den Gemeinden nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet ist. Der Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie markiert dabei die Grenze gesetzgeberischer Intervention<sup>302</sup>.

Der zweite Fall bildet die bestehende Situation in den Kommunalordnungen der Länder ab, namentlich die Abhängigkeit der Aufnahme kommunaler Wirtschaftstätigkeit von der Erfüllung der Schrankentrias. Hierauf ist bei der Betrachtung der Vorgaben der Gemeindeordnungen noch näher einzugehen.

### **2. Vorbehalt des Gesetzes**

Zunächst ist fraglich, ob und unter welchen Gesichtspunkten die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

<sup>302</sup>

Vgl. RhPfVerfGH, Urt. v. 28.03.2000 - VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801 (802).

## a. Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt

Die Existenz eines jede Staatstätigkeit erfassenden Vorbehalts des Gesetzes wird heute allgemein abgelehnt, da auch andere Institutionen und Funktionen von Staatsgewalt – auch wenn sie nicht unmittelbar vom Volk gewählt werden - demokratisch legitimiert sind<sup>303</sup>. Die Rechtsprechung beschränkt die Anwendung dieser Maxime grundsätzlich auf die Eingriffsverwaltung, die Handlungen der Leistungsverwaltungen werden in der Regel durch die Ausweisung im Haushaltsplan genügend legitimiert<sup>304</sup>. Andernfalls würde die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts zur Erhöhung der Schwerfälligkeit des Staatsapparates führen und die Beweglichkeit der Verwaltung einschränken<sup>305</sup>. Die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen wurde in der Rechtsprechung aber bisher unter diesem Gesichtspunkt noch nicht explizit in Bezug genommen<sup>306</sup>.

Fortentwickelt wurde der Topos durch die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG<sup>307</sup>. Danach hat der Gesetzgeber die wesentlichen, d.h. vor allem grundrechtsrelevanten Fragen, selbst zu beantworten. Es handelt sich mithin um den Grundsatz des Vorbehalts eines Parlamentsgesetzes<sup>308</sup>.

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ergibt sich aus der Grundrechtsrelevanz staatlichen Wirtschaftens<sup>309</sup>. Gefährdet sein können insbesondere die in Art. 12 und 14 GG verbürgte Berufs- und Eigentums-, aber auch die Wettbewerbsfreiheit, sofern man diese gesondert geschützt in Art. 2 Abs. 1 GG sieht. Wie gezeigt, stellt bereits das bloße Betreiben eines wirtschaftlichen Unternehmens durch die öffentlichen Hand einen Grundrechtseingriff dar<sup>310</sup>.

Darüber hinaus kann das Rechtskleid der jeweiligen Verwaltungseinrichtung unter dem Stichwort „Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“<sup>311</sup> Bedeutung für die

<sup>303</sup> BVerfGE 49, 89 (125); *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, IV. C, Rn. 108; *Huster/Rux*, in: BeckOK, GG, Art. 20 Rn. 176; *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 168.

<sup>304</sup> BVerwGE 6, 282 (287 f.) = NJW 1958, 1153; BVerwGE 104, 220 (222 f.) = NVwZ 1998, 273 f.

<sup>305</sup> BVerfGE 8, 155 (168 f.) = NJW 1959, 235 (236).

<sup>306</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 122.

<sup>307</sup> Siehe nur: BVerfGE 33, 125 (158 f., 163); 33, 301 (346); 34, 165 (192 f.); 40, 237 (249); 58, 257 (268 f.); 61, 260 (275); 88, 103 (116).

<sup>308</sup> RhPfVerfGH, Urt. v. 28.03.2000 - VGH N 12/98 = NVwZ 2000, 801 (802); *Püttner*, Unternehmen, S. 123.

<sup>309</sup> Zu den möglicherweise verletzten Grundrechten: Kapitel 3 D. II.

<sup>310</sup> Siehe oben D. II. 2. a. aa. (3.).

<sup>311</sup> BVerfGE 53, 30 (65); 83, 130 (151 ff.); 84, 59 (72); 95, 267 (307 f.); *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, VI., C., Rn. 120.

Grundrechte erlangen<sup>312</sup>. Die Art des zu ersuchenden Rechtsschutzes kann von der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisationsform differieren. Zudem bestehen in unterschiedlicher Weise Beteiligungsmöglichkeiten Privater an solchen Unternehmen, was sich freilich auch auf die Grundrechtsverpflichtung auswirken kann. Insofern kann der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt auch bei Organisationsentscheidungen zu aktualisieren sein.

Die für die Eingriffsrechtfertigung erforderliche Ermächtigungsgrundlage besteht in Form der kommunalrechtlichen Vorschriften über die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit. Darauf, ob diese Vorschriften auch dem Bestimmtheitsgebot genügen, wird später genauer eingegangen werden<sup>313</sup>.

## **b. Der institutionelle Gesetzesvorbehalt**

Unabhängig von der Frage, ob die wirtschaftliche Betätigung der Kommune stets oder nur bei Erfüllung zusätzlicher qualifizierender Merkmale einen Grundrechtseingriff darstellt und dementsprechend den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt auslöst, ist zu untersuchen, ob sich auch aus anderer (nämlich organisatorischer) Perspektive die Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für die Errichtung, den Betrieb oder die Erweiterung von kommunalen Unternehmen ergibt. Angesprochen ist die Lehre vom institutionellen Gesetzesvorbehalt. Hierzu rechnet die Frage nach der Notwendigkeit parlamentarischer Rechtssetzung über die Organisation der Verwaltung einschließlich der erforderlichen Regelungsdichte<sup>314</sup>.

Kritisch anzumerken ist gegenüber dieser Lehre, dass sie im Ergebnis einen „allgemeinen“ Gesetzesvorbehalt<sup>315</sup> für die Errichtung und den Betrieb staatlicher Institutionen<sup>316</sup> stipuliert, obgleich dies vom Grundgesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Problematisch daran ist, dass sie zur Implementierung eines Gewaltmonismus<sup>317</sup> beim Gesetzgeber führt, jedoch auch Exekutive und Judikative über demokratische Legitimation verfügen. Im gewaltenteilenden Staat muss nicht stets das bestlegitimierteste Organ handeln, wäre dem so, bestünde stets ein Entscheidungsvorrang des Parlaments, welches sich aus unmittelbar vom Volke gewählten Repräsentanten zusammensetzt. Ausgehend vom Gewaltenteilungsprinzip ist zwar allein das

<sup>312</sup> *Lange*, VVDStRL 44 (1986), 169 (196).

<sup>313</sup> Siehe Kapitel 4 C.

<sup>314</sup> *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 83, A., IX., Rn. 34.

<sup>315</sup> Vgl. *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, IV., C., Rn. 97.

<sup>316</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 74 ff.; *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (614); *Köttgen*, VVDStRL 16 (1958), 154 (161 ff.).

<sup>317</sup> BVerfGE 49, 89 (124 ff); BVerfGE 68, 1 (87); *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof*: HStR, Bd. III, § 62 Rn. 18.

Parlament ohne besondere Delegation oder Ermächtigung zur Außenrechtssetzung befugt. Die Verwaltung verfügt demgegenüber kraft verfassungsrechtlicher Zuweisung über eine originäre Kompetenz zum Vollzug der Gesetze. Diesen organisiert sie grundsätzlich eigenverantwortlich. In innerem Zusammenhang dazu steht die Einrichtung der Behörden und die Bestimmung des Entscheidungsweges wie Geschäftsgangs. Damit in Konflikt scheint die Forderung nach einem formellen Gesetz für die Organisation der Verwaltung zu stehen. Im Bereich der Leistungsverwaltung lehnen die Gerichte einen organisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt dementsprechend ab<sup>318</sup>.

Die Akzeptanz der Lehre vom institutionellen Gesetzesvorbehalt hängt demnach entscheidend davon ab, ob man sie auf Erwägungen gründet, welche über die bloße Errichtung und den Betrieb von Verwaltungseinrichtungen hinausreichen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist auch in diesem Bereich ein Totalvorbehalt nicht anzuerkennen<sup>319</sup>, fußt das Prinzip der Gewaltenteilung doch auf der Überlegung, dass dasjenige Organ handeln und entscheiden können soll, welches hierfür nach seiner „Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen“ verfügt<sup>320</sup>.

Auf den Bereich der kommunalen Selbstverwaltung übertragen sprechen daher auch gute Gründe dafür, der Gemeinde einen Entscheidungsfreiraum über die Errichtung, Erweiterung und den Betrieb ihrer Unternehmen im organisatorischen Sinne zu gewähren, ist sie doch sachnäher mit den Gegebenheiten vor Ort verbunden, hat mithin einen besseren Einblick, welche Organisationsstruktur den konkreten Bedürfnissen am ehesten gerecht wird. Nicht zuletzt findet die Institution der Selbstverwaltung ihre Wurzel in der demokratischen Idee, in der Partizipation der besonders Betroffenen vor Ort. Der Kommune steht denn auch grundsätzlich die Organisationshoheit zu. Eine Zuordnung der Entscheidung über die Einrichtung und den Betrieb kommunaler Verwaltungseinrichtungen zum Gesetzgeber ist aber dann angezeigt, wenn die Organisationsentscheidung für die Ausübung und den Schutz der Grundrechte von Bedeutung ist<sup>321</sup>. Dies würde aber erneut die Aktualisierung des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts und eben nicht die Herleitung eines institutionellen bedeuten. Im Ergebnis bemüht

---

<sup>318</sup> Siehe nur OVG Weimar, Beschl. v. 03.03.2004 – 2 ZKO 568/01 – nicht veröffentlicht.

<sup>319</sup> BVerfGE 68, 1 (87).

<sup>320</sup> BVerfGE 68, 1 (86).

<sup>321</sup> *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, VI., C., Rn. 120; *Krebs* scheint die Notwendigkeit eines institutionellen Gesetzesvorbehalts ebenfalls in den Grundrechten begründet zu sehen, bedingen sich doch seines Erachtens nach das Verwaltungsverfahren/die Verwaltungsorganisation und die Inhalte von Entscheidungen mit der Folge der Grundrechtsrelevanz von Organisationsentscheidungen: *Krebs*, NVwZ 1985, 609 (615).

das BVerfG bei der Frage nach der Existenz anderer, nicht grundrechtlich gestützter Gesetzesvorbehalte ebenfalls den Topos der Wesentlichkeit und beantwortet diese Frage unter Heranziehung verschiedener Kriterien. Anhaltspunkte können etwa die Langfristigkeit einer Maßnahme, ihre Auswirkungen auf das Staatsgefüge, aber auch die politische Bedeutsamkeit sein<sup>322</sup>. Auch die **Übertragung von Hoheitsrechten** auf juristische Personen bzw. selbständige Verwaltungseinrichtungen wird als wesentlich verstanden, da dies mit einer Reduktion der dem Staat unmittelbar zustehenden Hoheitsbefugnisse einhergehe<sup>323</sup>. In die gleiche Richtung zielt die Forderung von Teilen der Literatur, dass selbständige<sup>324</sup> Verwaltungsträger nur durch oder aufgrund eines Gesetzes errichtet werden dürfen, da mit ihrer Errichtung oder ihrer Erhaltung parlamentarische Kontrollmöglichkeiten in der Regel reduziert seien, sodass das Demokratieprinzip wesentlich berührt werde<sup>325</sup>. Demgegenüber können nichtrechtsfähige bzw. unselbständige Verwaltungseinrichtungen auch aufgrund der Organisationsgewalt des Kommune als Rechtsträger geschaffen werden, weil sie unmittelbar Teil dieses Verwaltungsträgers bleiben und damit seiner direkten Einwirkungs- und Kontrollmaßnahmen unterliegen<sup>326</sup>. Problematisch bleibt dann allerdings die Beurteilung derjenigen Organisationsformen, die teils selbständig teils unselbständig ausgestaltet sind bzw. bedarf der Begriff der Selbständigkeit als ausschlaggebendes Moment für das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage einer näheren Konturierung. Im Schrifttum wird vorgeschlagen, eine Skala zu entwickeln, wobei der Grad der Verselbständigung gegenüber der unmittelbaren Staatsverwaltung darüber entscheidet, ob ein Errichtungsgesetz für die jeweilige Verwaltungseinheit erforderlich sei<sup>327</sup>. Die Entwicklung einer solchen Skala ist jedoch unnötig, da sie ohnehin nichts anderes als eine Enumeration von Kriterien als Grundlage für eine normative Entscheidung über das Erreichen der Wesentlichkeitsschwelle ist. Mit Blick auf das Demokratieprinzip, muss bei Betrachtung der jeweiligen Organisationseinheit isoliert ergründet werden, ob deren Handlungen und Entscheidungen unmittelbar der Kommune zugerechnet werden können oder ob sich diese Institution zunächst selbst in der Verantwortlichkeit befindet und die Gemeinde erst nachrangig für sie einzustehen hat. Auch die organisatorische Verselbständigung der mit der Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben betrauten Verwaltungseinheit hat Einfluss auf die Intensität,

<sup>322</sup> Herzog, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 20, VI, C., Rn. 107.

<sup>323</sup> OVG Koblenz, Urt. v. 21.03.1985 - 12 A 143/83 = NVwZ 1986, 843 (844).

<sup>324</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 51.

<sup>325</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 77 f.; ders., NVwZ 1996, 557 (558); Trute, Forschung, S. 242; Krebs, NVwZ 1985, 609 (615); Lange, VVDStRL 44 (1986), 169 (196); Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (235).

<sup>326</sup> Breuer, VVDStRL 44 (1986), 211 (235); vgl. auch Storr, Staat als Unternehmer, S. 574.

<sup>327</sup> Krebs, NVwZ 1985, 609 (616).



Qualität und Zielrichtung der Aufgabenerledigung<sup>328</sup>. Mit der jeweiligen Organisation ihrer Verwaltungseinrichtungen „legen die Gemeinden für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben Abläufe und Entscheidungszuständigkeiten im einzelnen fest und bestimmen damit auch über Gewichtung, Qualität und Inhalt ihrer Entscheidungen“<sup>329</sup>. Dies trifft sowohl auf die öffentlich-rechtliche als auch die privatrechtliche Strukturierung eines kommunalen Unternehmens zu. Insofern wird in der Literatur einhellig dafür plädiert, den Gesetzesvorbehalt auch auf Verwaltungseinheiten in Gesellschaftsform zu erstrecken<sup>330</sup>.

Nichtsdestoweniger bestehen Interdependenzen mit der Garantie kommunaler Selbstverwaltung, Art. 28 Abs. 2 GG. Diese umfasst grundsätzlich auch gemeindliche Organisationsbefugnisse und –freiräume als Fundament für eine eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung; eine umfassendste gesetzliche Regelung von Organisation und Verfahren verbietet sich mithin<sup>331</sup>. Sofern der Kernbereich von Art. 28 Abs. 2 GG unberührt bleibt, darf der Gesetzgeber gesetzliche Regelungen auch organisatorischer Art treffen, wird die kommunale Selbstverwaltung doch nur „im Rahmen der Gesetze“ garantiert. „Der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung verbietet Regelungen, die eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen im Ergebnis ersticken würden“<sup>332</sup>. Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistet unter dem Aspekt der Allzuständigkeit zwar mehr den sachlichen Aspekt der Aufgabenzuweisung denn die Organisation dieser Wahrnehmung, dennoch verbürgt die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zumindest das Recht und die Pflicht einer gewissen Mitverantwortung der Gemeinde für organisatorische Gestaltungen<sup>333</sup>.

Betrachtet man die kommunalrechtlichen Vorschriften der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit, kann von einer erdrückenden Einengung des Spielraums der Kommunen zur organisatorischen Gestaltung ihrer Unternehmen nicht gesprochen werden, weil die Gemeindeordnungen die Möglichkeit der Gründung von öffentlich-rechtlichen Rechtsformen (insbesondere Eigenbetrieben und Anstalten des öffentlichen Rechts) als auch (privatrechtlich organisierten) Gesellschaften bieten. Errichtungsgesetze sind insofern vorhanden. Fraglich ist nur, ob auch

---

<sup>328</sup> BVerfGE 91, 228 (240 f.). Gleichwohl bedeutet eine Bezugnahme auf den Inhalt der Entscheidung bzw. auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung eine Annäherung an den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt und betrifft daher im Kern nicht die Frage nach der Existenz eines institutionellen Gesetzesvorbehalts, siehe *Trute*, *Forschung*, S. 241 f.

<sup>329</sup> BVerfGE 91, 228 (236) – Gleichstellungsbeauftragte.

<sup>330</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 77 f.; *Stober*, NJW 1984, 449 (453); *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (173); vgl. schon *Püttner*, *Unternehmen*, S. 123.

<sup>331</sup> BVerfGE 91, 228 (237 f.).

<sup>332</sup> BVerfGE 91, 228 (239).

<sup>333</sup> BVerfGE 91, 228 (240 f.), vgl. auch *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (174).

Gemeinden, deren Kommunalgesetze die (rechtsfähige) Anstalt des öffentlichen Rechts als Organisationsform in das (gesetzlich normierte) Repertoire der Unternehmensrechtskleider bisher nicht aufgenommen haben<sup>334</sup>, die Anstaltsform wählen dürfen. Im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit dieser Organisation und der von der Kernverwaltung der Gemeinde zunächst abgekoppelten inneren Entscheidungsvorgänge, d.h. der Reduktion **unmittelbarer** Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune und den Möglichkeiten zu Eingriffen in Grundrechte<sup>335</sup>, ist dies zu verneinen. Die Anstalt tritt nach außen hin selbständig und unabhängig auf, ist selbst Verwaltungsträger. Insofern ist das Demokratieprinzip wesentlich berührt. Ein anderer – weniger den institutionellen als den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt berührender – Punkt ist, dass zugunsten von Anstalten ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet werden kann und dass diese Institutionen Verwaltungsaktbefugnis besitzen, d.h. dem Bürger unmittelbar befehlend gegenübertreten können. Aufgrund dieser Überlegungen rechtfertigt sich die Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für die Errichtung von rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts<sup>336</sup>.

### **c. Zusammenfassung**

Vor dem Hintergrund der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG lässt sich festhalten, dass sich das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung für die Errichtung und den Betrieb von kommunalen Unternehmen nicht nur aus einer Grundrechtsbeeinträchtigung, sondern auch aus der Berührung von Staatsstrukturprinzipien (insbesondere dem Demokratieprinzip) ergibt. Dies hat zur Folge, dass die Lehre vom **institutionellen Gesetzesvorbehalt** nicht als obsolet abgetan werden kann, sie vielmehr für die Errichtung selbständiger Verwaltungseinrichtungen Geltung beansprucht.

Aus dem grundrechtlichen und institutionellen Gesetzesvorbehalt folgt außerdem, dass der Grad an inhaltlicher Detailliertheit der gesetzlichen Grundlage mit zunehmender Selbständigkeit der jeweiligen Institution ansteigt. Je selbständiger das Unternehmen agieren kann, je mehr Befugnisse ihm verliehen werden und je mehr Ingerenzrechte der Kommune, Regierung und dem Parlament verloren gehen, desto genauer und umfangreicher muss das Gesetz ausgestaltet sein.

---

<sup>334</sup> Derzeit ist noch in Sachsen keine Rechtsgrundlage vorhanden.

<sup>335</sup> Über den Erlass von belastenden Verwaltungsakten.

<sup>336</sup> So auch – nur ohne nähere Begründung: *Berg*, NJW 1985, 2294 (2298).

### 3. Grundsatz der funktionsgerechten Organisationsstruktur

Der Grundsatz, wonach die öffentliche Verwaltung funktionsgerecht einzurichten und eine aufgabenangemessene Zuordnung<sup>337</sup> von Verwaltungsorganisationen vorzunehmen ist, ist durch das Rechtsstaatsprinzip vorgezeichnet<sup>338</sup>. Aufbau, Struktur und Ausgestaltung einer Verwaltungsinstitution sind vor allem für die Qualität der Aufgabenwahrnehmung entscheidend<sup>339</sup>. Die Gemeindeordnungen sprechen zwar im Allgemeinen nur davon, dass die Errichtung und/oder der Betrieb eines kommunalen Unternehmens nur dann zulässig sein soll, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen erfordert. Doch klingt in dieser Zulassungshürde zusätzlich ein Effektivitätsaspekt bei der Umsetzung der jeweils zugeordneten Aufgabe an: Ein öffentliches Unternehmen zu führen, kann nur dann fortwährend gerechtfertigt sein, wenn es sich auch der tatsächlichen Umsetzung einer öffentlichen Aufgabe annimmt. Insofern muss die Verwaltungseinrichtung „effektiv“ operieren.

Der Grad der Zielerreichung – als Parameter für die Bestimmung der „Effektivität“ des Verwaltungshandelns<sup>340</sup> - und die Gewährleistung materieller Standards des Verwaltungshandelns<sup>341</sup> hängen unter anderem von der (funktionsgerechten) Verwaltungsorganisation ab. „Effizienz“<sup>342</sup> – in Abgrenzung zur Effektivität - steht in Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip, welches bedeutet, entweder durch den Einsatz möglichst weniger Mittel den größtmöglichen Erfolg bei der Verwirklichung einer Aufgabe zu erreichen oder durch den Einsatz einer bestimmten Menge an Mitteln, den besten Erfolg zu erzielen<sup>343</sup>. Zu Wirtschaftlichkeitsüberlegungen gehören Kosten-Nutzen-Betrachtungen<sup>344</sup>. Fraglich ist, ob dieses betriebswirtschaftliche Denken mit kommunalwirtschaftlichen Vorgaben kompatibel ist, geht es dort doch vor allem um die Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks. Eine Effizienzausrichtung des Unternehmens könnte insofern diese Instrumentalfunktion konterkarieren oder verdrängen. Doch wäre die vom Gesetzgeber erteilte Erlaubnis, kommunale Aufgaben mittels (wirtschaftlicher) Unternehmen wahrzunehmen, sinnentleert, wenn sich die Kommunen nicht auch wirtschaftlich verhalten dürfen<sup>345</sup>. Wollte man dies ausschließen, dürfte man ihnen nicht

<sup>337</sup> *Burgi*, VVDStRL 62 (2003), 405 (431).

<sup>338</sup> *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1113); *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (464); *Groß*, Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, S. 200.

<sup>339</sup> *Groß*, Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, S. 200.

<sup>340</sup> *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (464).

<sup>341</sup> *Burgi*, VVDStRL 62 (2002), 405 (431).

<sup>342</sup> Zur möglichen Kongruenz zwischen dem Effizienz- und dem Wirtschaftlichkeitsbegriff: *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 415 f.

<sup>343</sup> *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (465); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (13).

<sup>344</sup> *Kube*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, Rn. 100.

<sup>345</sup> *Britz*, NVwZ 2001, 380 (384).

die „Unternehmensform“ zur Verfügung stellen. Zudem intendieren die Gemeindeordnungen in der Regel eine Gewinnerwirtschaftung bzw. wirtschaftliche Betriebsführung<sup>346</sup>, wie sich etwa aus § 75 Abs. 1 ThürKO ergibt.

Die Organisationsform eines öffentlichen Unternehmens kann durchaus einen Einfluss auf den erzielbaren Erfolg haben, indem sich etwa über flache Hierarchien und kurze Entscheidungswege Kosten einsparen lassen. Eine flexible innere Struktur ermöglicht es, schnell auf die Veränderung äußerer Bedingungen und auf Marktschwankungen zu reagieren, sodass der Einsatz von Ressourcen nach der jeweiligen Anforderlichkeit angepasst werden kann. Allerdings kann ein besonders starrer innerer Aufbau dann vorteilhaft sein, wenn das Unternehmen mit der Wahrnehmung einer besonders wichtigen öffentlichen (Daseinsvorsorge-)Aufgabe befasst ist mit der Folge, dass es dann weniger auf Gewinnstreben als auf das Erreichen des öffentlichen Zwecks ankommt. Eine allzu stark betriebswirtschaftliche Unternehmensausrichtung kann leicht zur Überspielung des öffentlichen Zwecks zugunsten einer Profitmehrung verleiten. Je mehr Freiheiten und Entscheidungsspielräume der Unternehmensleitung verbleiben, je geringer und weniger eng die Rückkoppelung an die Kommunalverwaltung ist, desto mehr werden Wirtschaftlichkeitsgesichtsüberlegungen Platz greifen.

Effizienz und Effektivität sind damit kennzeichnende Größen, die bei der Zuweisung einer Aufgabe zur Wahrnehmung durch die öffentliche Verwaltung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen und die Wahl der Organisationsform beeinflussen.

#### **4. Verfolgung eines öffentlichen Zwecks als Gerechtigkeitspostulat**

Dem Rechtsstaat kann aufgrund seiner Konzeption als Antithese zum Unrechtsstaat ein materieller Gehalt dahingehend entnommen werden, alle staatliche Gewalt nicht nur an Recht und Gesetz zu binden, sondern darüber hinaus auch bestimmte Gerechtigkeitsstandards einzuhalten<sup>347</sup>. Das Prinzip materieller Gerechtigkeit ist im Rechtsstaatsprinzip enthalten<sup>348</sup>. Die sich apriorisch stellende Frage nach dem konkreten Gehalt des Gerechtigkeitsbegriffs ist rechtsphilosophisch nicht eindeutig zu beantworten; vielerlei Topoi sind vertretbar. Jedenfalls lässt sich ein einheitlicher Konsens dahingehend finden, dass sich der Rechtsstaat nur dort verwirklichen kann, insbesondere Freiheit und Eigentum des Einzelnen nur dort geschützt sind, wo

---

<sup>346</sup> Britz, NVwZ 2001, 380 (382 und 384).

<sup>347</sup> Püttner, Unternehmen, S. 128.

<sup>348</sup> BVerfGE 33, 367 (383); 70, 297 (308); BVerfG, Beschl. v. 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86 = NStZ 1987, 419; Landau, NStZ 2014, 425 (427).

die Ausübung von Staatsgewalt limitiert und an feste Bedingungen geknüpft wird<sup>349</sup>. Dazu gehört etwa, dass die Ausübung von Staatsgewalt durch besondere Organe als Statthalter des Volkes nur dann zulässig ist, wenn dies der Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken dient. Insofern treffen zwar demokratische (Rückführbarkeit staatlichen Handelns auf den Willen des Volkes) und rechtsstaatliche Elemente (Vorgabe materieller Standards bei Akten der Staatsorgane) zusammen. Wird aber speziell die Bindung staatlicher Akte an öffentliche Interessen in den Blick genommen, ist vornehmlich das Rechtsstaatsprinzip betroffen<sup>350</sup>. Die Verpflichtung auf das Gemeinwohl ist insofern ein Gerechtigkeitsgebot, als die nicht von sachlichen Gründen getragene Verfolgung von Einzelinteressen eine Verletzung des Gleichheitssatzes bedeuten würde, erhielten diese Partikularinteressen doch sonst ein stärkeres Gewicht gegenüber den nicht berücksichtigten<sup>351</sup>.

Die Ausübung von Staatsgewalt ist mithin kein Selbstzweck, sondern muss im Rechtsstaat der Verwirklichung des Gemeinwesens dienen. Das gilt auch für staatliches Handeln in unternehmerischer Form. Die Organisationsformen öffentlicher Unternehmen müssen folglich so gewählt werden, dass sie der Verwirklichung öffentlicher Interessen dienen. In der Literatur wird dies als die „Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen“ bezeichnet<sup>352</sup>.

Es sind demnach solche Rechtskleider unzulässig, bei denen die Gefahr einer Abkopplung von Gemeinwohlinteressen besteht resp. der öffentliche Zweck reinem Gewinnstreben weicht.

## **V. Sozialstaatsprinzip Art. 20 Abs. 1, 4 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG**

Qua Art. 28 Abs.1 S. 1 GG gilt das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG auch in den Gemeinden und Gemeindeverbänden. Dieses Prinzip beinhaltet die Gewährleistung eines Mindestgehalts an menschenwürdigem Dasein der Bürger – inklusive ökonomischer Selbstbestimmung<sup>353</sup>. Die Kommune hat solche Einrichtungen vorzuhalten und ihr Bestehen zu gewährleisten, welche die sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Grundbedarfe bedienen und im Hinblick darauf eine Organisationsform zu wählen, die krisenfest ist, um eine zu **sozial akzeptablen** Bedingungen bereitgestellte Versorgung sicherzustellen<sup>354</sup>. Bei den von den Gemeindeordnungen offerierten Organisationsformen wird aber bislang nicht bezweifelt, dass

<sup>349</sup> Vgl. *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 20, VII., A., Rn. 41; *Püttner*, Unternehmen, S. 128 f.

<sup>350</sup> A.A. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 333, welcher die Gemeinwohlverpflichtung im Demokratieprinzip verwurzelt sieht.

<sup>351</sup> So auch *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 80.

<sup>352</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 14.

<sup>353</sup> *Herllermann*, BeckOK GG, Art. 28 Rn. 12; *Hösch*, WiVerw 2000, 159 (165 f.).

<sup>354</sup> *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 (98).

diese in der Lage sind, dem Sozialstaatsprinzip zu genügen und existenznotwendige Leistungen anzubieten. Die angespannte Finanzlage der Kommunen ist zwar kein Geheimnis, gleichwohl bekommen lebenswichtige Versorgungseinrichtungen eine fehlende Leistungsfähigkeit der Gemeinde als letztes zu spüren. Ihre Unterhaltung ist rechtstatsächlich gesichert. Problematisch ist, dass einheitliche, allgemeingültige und eindeutige Pflichten der öffentlichen Hand und Rechte des Einzelnen nicht aus dem Sozialstaatsprinzip deduzierbar sind. Es lassen sich in der Regel allenfalls eindeutige Verstöße gegen das Sozialstaatsprinzip ausmachen, wenn grundlegende Existenzbedingungen oder Menschenwürdevorgaben missachtet werden. Bei kommunalen Unternehmen wäre letzteres beispielsweise bei einem Handel mit Sklaven offensichtlich<sup>355</sup>, wenn auch praktisch nicht relevant. Allgemein lässt sich der Verpflichtung auf den sozialen Rechtsstaat entnehmen, dass die Kommune die von ihr wahrzunehmenden Aufgaben gesetzes- und funktionsgerecht zu erfüllen hat<sup>356</sup>.

Unbenommen bleibt es den Gemeinden, ihre Unternehmen als Instrument zur Gestaltung ihrer Sozialpolitik zu verwenden, können sie doch etwa lebenswichtige Güter im Rahmen ihres Daseinsvorsorgeauftrags mittels ihrer Unternehmen produzieren und bereitstellen<sup>357</sup>.

Konkrete Vorgaben für die Betriebsführung lassen sich aus dem Sozialstaatsprinzip jedenfalls nicht gewinnen<sup>358</sup>.

## **VI. Selbstverwaltungsgarantie Art. 28 Abs. 2 GG**

### **1. Allgemeine Grundsätze**

Die eigentliche verfassungsrechtliche Grundlage für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen<sup>359</sup> bildet das in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG verankerte Recht auf gemeindliche Selbstverwaltung. Die kommunale Selbstverwaltung stellt die „organisatorische Form“ für eine demokratisch-bürgerschaftliche Mitwirkung auf örtlicher Ebene dar<sup>360</sup>. Selbstverwaltung ist als lokale Demokratie gewährleistet, das Örtlichkeitsprinzip bildet mithin eine Schranke für das gemeindliche Recht aus Art. 28 Abs. 2 GG<sup>361</sup>. Gleichzeitig stellt die Bedingung des örtlichen Bezugs der kommunalen Betätigung eine Kautele zum Schutz einer Gemeinde vor dem Zu-

---

<sup>355</sup> Püttner, Unternehmen, S. 178.

<sup>356</sup> Bull, Gutachten Funktional-, Struktur und möglichen Kreisgebietsreform, S. 96.

<sup>357</sup> Püttner, Unternehmen, S. 181.

<sup>358</sup> Püttner, Unternehmen, S. 178.

<sup>359</sup> Sonder, LKV 2013, 202.

<sup>360</sup> Badura, DÖV 1998, 818 (823).

<sup>361</sup> Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110 (1115); Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 91.

griff und dem Einbrechen einer anderen Gemeinde in den eigenen Wirkungskreis dar<sup>362</sup>. Nicht ausgeschlossen ist damit eine überörtliche Agitation einer Kommune in Kooperation mit einer anderen, sofern sie auf einem Gebiet erfolgt, welches in der Verbandskompetenz der beteiligten Gemeinden liegt<sup>363</sup>. Interkommunale Zusammenarbeit ist folglich zulässig.

Bestandteile der Selbstverwaltungsgarantie sind das Prinzip der Allzuständigkeit und der Eigenverantwortlichkeit bei der Aufgabenwahrnehmung. Die kommunale Wirtschaftstätigkeit ist von der Selbstverwaltungsgarantie umfasst, da sie ein Mittel zur Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben ist<sup>364</sup>. Die kommunale Selbstverwaltung ist allerdings nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet, das heißt, sie unterliegt einem Vorbehalt gesetzlicher Reglementierung und Beschränkung. Die gesetzlichen Regelungen sind aber nur im Randbereich zulässig, d.h. müssen ihren Kernbereich unangetastet lassen, mit anderen Worten darf der Wesensgehalt der Selbstverwaltungsgarantie nicht ausgehöhlt werden<sup>365</sup>. Eine genaue, insbesondere gegenständliche Abgrenzung des Kernbereichs ist schwer möglich<sup>366</sup>. Als verletzt hat das BVerfG den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie bei einer rechtlichen und/oder faktischen Aufhebung des gemeindlichen Aufgabenzugriffsrechts, also der Befugnis, sich aller Aufgaben anzunehmen, die nicht bereits einem anderen Verwaltungsträger zugewiesen sind, angesehen<sup>367</sup>.

Eingriffe in den Randbereich sind bei Aufgaben mit relevantem örtlichen Charakter jedoch zwar prinzipiell zulässig, müssen aber überwiegenden Gemeininteressen dienen, um etwa die ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung zu gewährleisten oder einen unverhältnismäßigen Kostenanstieg zu verhindern<sup>368</sup>. Die Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers sind jedenfalls in Bereichen mit hauptsächlich organisatorischem Schwerpunkt ohne näheren Bezug zur konkreten Aufgabenerfüllung weitreichender; die Rechtfertigungspflichten sind geringer. Hier reichen auch Gründe der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sowie der Verwaltungsvereinfachung aus, um regelnd tätig zu werden, diese sogenannte Organisationshoheit ist nur „relativ“ gewährleistet<sup>369</sup>. Als Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie wird sie indes in ihrem Kern

---

<sup>362</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 92.

<sup>363</sup> Leisner-Egensperger, NVwZ 2013, 1110 (1115); Badura, DÖV 1998, 818 (822); vgl. auch Stober, NJW 2002, 2357 (2365).

<sup>364</sup> Hellermann, BeckOK GG, Art. 28 Rn. 41.5.

<sup>365</sup> BVerfGE 79, 127, 146 = NVwZ 1989, 347 (348).

<sup>366</sup> Hellermann, BeckOK GG, Art. 28 Rn. 47.

<sup>367</sup> BVerfGE 79, 127, 148 und 155.

<sup>368</sup> BVerfGE 79, 127, 153 = NVwZ 1989, 347 (350).

<sup>369</sup> BVerfGE 91, 228, 240 = NVwZ 1995, 677 (678); SächsVerfGH, Urt. v. 20.05.2005 - Vf. 34-VIII-04 = NVwZ 2005, 1057 (1059).

dann verletzt, wenn die eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen im Ergebnis „erstickt“ würde<sup>370</sup>. Den Gemeinden muss zumindest eine Mitverantwortung und ein Spielraum für die organisatorische Bewältigung ihrer Aufgaben eingeräumt werden<sup>371</sup>.

## **2. Kommunalwirtschaftliches Handeln als Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie**

Die wirtschaftliche Betätigung fällt in den Schutzbereich der Selbstverwaltungsgarantie, dient sie doch der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (s.o.).

Vorgaben in Hinblick auf die Organisationsform kommunaler Unternehmen betreffen jedenfalls die Organisationshoheit, d.h. zunächst eine bloß gemeindeinterne Fragestellung. Einschränkungen legislativer Art sind hier also vom Ansatz her denkbar. Fraglich ist, wie weit die gesetzlichen Vorgaben reichen dürfen. Können die privaten Organisationsformen etwa gänzlich abgeschafft werden? Welche Rechtskleider müssen den Gemeinden zur Auswahl stehen, sodass den Kommunen ein Bereich autonomer Entscheidungen bei der Organisation ihrer Unternehmen verbleibt?

## **3. Abschaffung der privatrechtlichen Organisationsform?**

Das BVerfG bezieht solche Aufgabenfelder, Tätigkeiten und Umstände in die Selbstverwaltungsgarantie ein, die historisch gewachsen sind<sup>372</sup>. Daher spricht nach Teilen der Literatur einiges dafür, die privaten Rechtsgewänder kommunalwirtschaftlichen Handelns in den Schutzbereich des Art. 28 Abs. 2 GG einzubeziehen<sup>373</sup>, da diese Organisationsformen von den Gemeinden schon seit langem gewählt werden, also einer gewachsenen Tradition entsprechen<sup>374</sup>. Damit wird allerdings noch keine Aussage darüber getroffen, ob den Gemeinden ohne Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie die Wahl der dem Privatrecht unterfallenden Gesellschaftsform gänzlich untersagt werden kann. Die privatrechtlichen Organisationsformen können nur dann abgeschafft und durch öffentlich-rechtliche Rechtskleider substituiert werden, wenn erstere nicht zum Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gehören. Wie festgestellt lässt sich dieser Bereich zwar nicht trennscharf vom Randbereich abgrenzen, wohl

---

<sup>370</sup> BVerfGE 91, 228 (239) = NVwZ 1995, 677 (678); SächsVerfGH, Urt. v. 20.05.2005 - Vf. 34-VIII-04 = NVwZ 2005, 1057 (1059).

<sup>371</sup> BVerfGE 91, 228 (241) = NVwZ 1995, 677 (678 f.).

<sup>372</sup> Bestimmung nach „historischen Entwicklung“ und „verschiedenen historischen Erscheinungsformen“: BVerfG, Beschl. v. 19.11.2014 – 2 BvL 2.13 = LKV 2015, 23 (24); vgl. auch BVerfGE 125, 141 (167); 91, 228 (238).

<sup>373</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 43.

<sup>374</sup> Ehlers, DÖV 1986, 897 (898 Fn. 6).



aber in Bezug auf die Organisationshoheit so weit konturieren, dass den Gemeinden eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit verbleiben muss. Die privatrechtliche Organisationsform ist hierfür nicht zwingend, wenn eine ausreichende Anzahl öffentlich-rechtlicher Organisationsformen zur Verfügung steht. Zumal die Gemeinde auch mittels Einrichtungen, die sich nach öffentlichem Recht konstituieren, privatrechtlich handeln kann (sog. Verwaltungsprivatrecht)<sup>375</sup>, sofern ihr das erforderlich und zweckmäßig erscheint. Abhängig von der Art und Wichtigkeit der jeweils wahrgenommenen Aufgabe kann es notwendig sein, besonders schnell und flexibel auf veränderte Umstände reagieren zu können, v.a. nicht allzu viele entscheidende Instanzen resp. allzu lange Entscheidungswege, sondern eine relativ „autonome“ Unternehmensführung zu haben. So ist etwa im Versorgungsbereich (Wasser-, Strom-, Gasversorgung etc.) schnelles Handeln gefragt, um die Bürger mit lebenswichtigen Gütern kontinuierlich beliefern bzw. etwaige Engpässe zeitnah überwinden zu können. Indessen bieten **nicht allein** privatrechtliche Organisationsformen eine entsprechende Struktur, um den Anforderungen an Versorgungssicherheit, Leistungsvielfalt und zeitnahe Erledigung gerecht zu werden. Vor allem die Kürze der Reaktionszeiten und Entscheidungswege ist in der Regel nicht von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur der Einrichtung abhängig, sondern von dem Umstand der Selbständigkeit.

Ein organisatorischer Gestaltungsspielraum verbleibt den Gemeinden immer dann, wenn sie zwischen verschiedenen Rechtskleidern wählen können, die sich zumindest im **Grad der Verselbständigung** voneinander unterscheiden. Auf das das jeweilige Gebilde konstituierende Recht kommt es insofern nicht an. Der Gesetzgeber kann mithin die Wahl der privatrechtlichen Organisationsform untersagen<sup>376</sup>, wenn er den Kommunen mehrere öffentlich-rechtlicher Rechtsformen zur Verfügungen stellt.

## **VII. Finanzhoheit und Grundsatz der finanziellen Eigenverantwortung Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG**

Über den Grundsatz der finanziellen Eigenverantwortung der Gemeinden wird die Finanzhoheit – aus welcher die autonome Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft folgt - als Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie unterstrichen<sup>377</sup>. Der in Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG verbürgte An-

<sup>375</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 18 und 25 ff.

<sup>376</sup> A.A. Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 44, der die Wahlfreiheit zwischen den öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen – allerdings ohne nähere Begründung - als Kernbereichselement ansieht.

<sup>377</sup> Hellermann, BeckOK GG, Art. 28 Rn. 54; Otting, DVBl. 1997, 1258 (1261).

spruch der Kommunen dient der Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben. Als angemessen wird die Finanzausstattung angesehen, wenn sie den Gemeinden neben der Wahrnehmung von Pflichtaufgaben auch die Möglichkeit bietet, ihre freiwilligen Aufgaben zu erledigen, mithin eine Kernbereichsverletzung auszuschließen vermag<sup>378</sup>. Adressat des gemeindlichen Anspruchs auf aufgabenangemessene Finanzausstattung<sup>379</sup> ist das Land, freilich nur im Rahmen seiner eigenen Leistungsfähigkeit nach dem Grundsatz „impossibilia nulla est obligatio“<sup>380</sup>. Da die Gemeinden ihre Selbstverwaltungsaufgaben nur wahrnehmen können, wenn sie auch finanzierbar sind, muss man ihnen bei mangelnder Unterstützung durch das Land die Möglichkeit einräumen, sich die notwendigen monetären Grundlagen selbst zu beschaffen<sup>381</sup>. Nach Ansicht von Teilen der Literatur kann das etwa mittels extensiver Interpretation der kommunalwirtschaftlichen Zulässigkeitsschranken (namentlich der Verpflichtung auf die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks) erreicht werden, andernfalls drohe in der Situation der chronischen, nicht durch Landesmittel auszugleichenden Unterfinanzierung eine Verletzung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden, wenn sie sich sonst nicht in der Lage sähen, einen Minimalbestand freiwilliger Aufgaben zu erledigen<sup>382</sup>. Folgte man dieser Auffassung, bestünde die Gefahr, dass die gemeindwirtschaftlich Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zur Makulatur degenerierte. Mit der Argumentation der fortwährenden angespannten Haushaltslage könnten die Gemeinden leicht erreichen, eine bloße erwerbswirtschaftliche Betätigung zu implementieren, die sich rechtfertige, um defizitäre, aber notwendige Daseinsvorsorgeaufgaben zu finanzieren. Nach anderer Auffassung in der Literatur könne hier nur als Lösung erwogen werden, die Gemeinden dadurch zu entlasten, dass Art und Umfang der Pflichtaufgaben reduziert werden<sup>383</sup>. Nur wird damit im Ergebnis das Finanzierungsproblem nicht gelöst, sondern nur einer anderen Stelle – namentlich den Ländern – zugeschoben: Haben sich die Gemeinden der jeweiligen Aufgabe nicht mehr (im ursprünglichen Umfang) anzunehmen, obliegt dies den Ländern. Doch wenn diese die Kommunen finanziell nicht aufgabenadäquat auszustatten vermögen, weil sie selbst finanzielle Engpässe zu überwinden haben, können die Ländern wohl kaum die Wahrnehmung der „Pflichtaufgaben“ selbst übernehmen.

<sup>378</sup> Otting, DVBl. 1997, 1258 (1261).

<sup>379</sup> In diese Richtung zielen auch die in den Verfassungen der meisten Bundesländer enthaltenen Konnexitätsregelungen über die Verpflichtung des Gesetzgebers, Kostendeckungsregelungen zu schaffen, sofern den Gemeinden Pflichtaufgaben übertragen oder besondere Bestimmungen über die Aufgabenwahrnehmung getroffen werden, vgl. etwa Art. 83 III BayVerf; Art 93 Abs. 1 ThürVerf. Siehe auch Kapitel 5 C. II. 6. f.

<sup>380</sup> Otting, DVBl. 1997, 1258 (1261).

<sup>381</sup> Otting, DVBl. 1997, 1258 (1262).

<sup>382</sup> Otting, DVBl. 1997, 1258 (1262).

<sup>383</sup> Poppen, in: Gloy/Loschelder/Erdmann: Wettbewerbsrecht, § 66 Rn. 38.

Es bleibt damit dabei, dass die Gemeinden die gesetzlichen Grenzen des Kommunal(wirtschafts)rechts zu beachten haben, d.h. einen öffentlichen Zweck verfolgen müssen. Eine Reduktion der von ihnen wahrzunehmenden Pflichtaufgaben von Seiten des Gesetzgebers ist als unwahrscheinlich zu erachten. Nichtsdestoweniger verbleibt den Kommunen die Möglichkeit, sich aus sonstigen Einnahmequellen zu finanzieren – sofern dies gesetzlich zulässig ist<sup>384</sup> -, insbesondere Beiträge für die von ihnen erbrachten Leistungen zu erheben. Die (freie) Refinanzierung über Steuern scheidet hingegen aus, da Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG kein Steuerfindungsrecht garantiert<sup>385</sup>.

## **VIII. Bundesstaatsprinzip**

Die Führung von Unternehmen in öffentlicher Hand betreffend existiert – mit Ausnahme der in den Art. 83 ff. GG genannten Fällen – keine ausschließliche Gesetzgebungs- oder Verwaltungszuständigkeit, welche eindeutig entweder dem Bund oder den Ländern zugewiesen ist<sup>386</sup>. Was die Kompetenz zur Führung öffentlicher Unternehmen betrifft, teilt sich die Zuständigkeit zwischen Bund, Ländern und Gemeinden auf, vgl. Art. 28 Abs. 2, 30, 83 ff. GG. Insbesondere in der Selbstverwaltungsgarantie ist die Zuständigkeit der Kommunen enthalten, typische Gemeindeunternehmen in ihrem Aufgabenbereich zu führen<sup>387</sup>.

### **1. Gesetzgebungskompetenz**

In Bezug auf die öffentlichen Unternehmen scheint zunächst der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zuzuweisen mit der Folge, dass die Länder grundsätzlich nicht mehr zur Regelung dieser Angelegenheit befugt wären, sobald der Bund seine Kompetenz (erschöpfend) in Anspruch nimmt. Öffentliche resp. kommunale Unternehmen sind in der Regel dem Bereich der Wirtschaft zuzuordnen, nehmen aber auch Aufgaben der Verwaltung wahr, welche vom jeweiligen Verwaltungsträger individuell festgelegt werden<sup>388</sup>. Unter dem Recht der Wirtschaft sind allgemein alle Normen zu verstehen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln<sup>389</sup>. Gestünde man nun dem Bund die umfassende Gesetzgebungskompetenz zu, hätte dies speziell

<sup>384</sup> Hier ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeiten zur Kreditaufnahmen kommunalrechtlich beschränkt sind.  
<sup>385</sup> *Hellermann*, in: BeckOK GG, Art. 28 Rn. 55.

<sup>386</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 143.

<sup>387</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 163.

<sup>388</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 145.

<sup>389</sup> BVerfGE 8, 143 (148 f.).

für die Gemeinden zur Folge, sie ihres universalen Wirkungskreises im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG zu berauben, ihnen oktroyiert, welche Aufgaben sie mit welchen Mitteln zu erledigen hätten<sup>390</sup>. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist aber nicht allein deswegen restriktiv auszulegen, sondern auch weil nahezu alle Lebensbereiche wirtschaftliche Bezüge aufweisen. Diese Gesetzgebungsermächtigung darf nicht zu einer „Generalklausel“ denaturieren, um dem Bund umfassende Legislativbefugnisse einzuräumen. Daher sind thematisch unter dem „Recht der Wirtschaft“ die Bereiche der Wirtschaftslenkung, -förderung, -ordnung und -organisation zu verstehen<sup>391</sup>.

Die Zulässigkeit und die Voraussetzungen kommunaler Unternehmen zu regeln, obliegt grundsätzlich und überkommenerweise als Bestandteil des Kommunalrechts dem Landesgesetzgeber<sup>392</sup>. Dort, wo Bundesrecht nicht entgegensteht, hat das Land eine umfassende Gesetzgebungskompetenz. Doch auch diese Befugnis findet ihre Grenze dort, wo es den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie zu respektieren gilt: Zwar sind allgemeine landesrechtliche Regelungen möglich, die Ausgestaltung im Detail muss aber den Gemeinden überantwortet werden, sofern es sich um Aufgaben des eigenen Wirkungskreises handelt<sup>393</sup>. Hinsichtlich der Organisationsformen ist jedoch zu beachten, dass die Normierung der privaten Rechtsformen der AG und GmbH in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fällt, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 11 GG<sup>394</sup>.

## **2. Ausführungszuständigkeit**

Die Befugnis zur Führung der öffentlichen Unternehmen richtet sich nach den Art. 30, 83 ff. GG.

Aus den Art. 30, 83, 84 Abs. 1 S. 1 GG ergibt sich das Recht zur Organisation der Behörden, wenn die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten ausführen, und aus den Art. 30, 83 GG die entsprechende Kompetenz, soweit die Verfassung dem Bund die Verwaltungskompetenz nicht zuweist<sup>395</sup>. Das Schwergewicht bei der Ausführung der Gesetze liegt bei den

---

<sup>390</sup> Püttner, Unternehmen, S. 145.

<sup>391</sup> BVerfG NJW 1985, 2185 (2186); Seiler, in: BeckOK GG, Art. 74 Rn. 32; Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 348; Püttner, Unternehmen, S. 147.

<sup>392</sup> So auch Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 349; vgl. auch BVerfGE 56, 298 (310): Das Gericht deutet an, dass Gemeindeangelegenheiten, sofern nicht ein spezieller Kompetenztitel dem Bund die Gesetzgebungsbefugnis einräumt, grundsätzlich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen.

<sup>393</sup> Püttner, Unternehmen, S. 157.

<sup>394</sup> BVerfGE 98, 264 (272); Püttner, Unternehmen, S. 153. Dazu mehr unter F IV. 3. a.

<sup>395</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 53.

Ländern, in deren Bereich auch die Zuständigkeit der Kommunen enthalten ist, im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG die typischen Gemeindeunternehmen zu führen<sup>396</sup>.

Gemeinsame von Bund und Ländern – genauer den Kommunen – getragene öffentliche Unternehmen sind außerhalb der Art. 91a, 91b, 104a GG wegen des grundsätzlichen Verbots der Mischverwaltung unzulässig<sup>397</sup>.

Jedenfalls muss die Verwaltung, auch wenn sie über von ihr getragene Unternehmen tätig wird, die **bundesstaatliche Kompetenzordnung** beachten und darf nicht in Bereiche vordringen, die ihr kompetenzmäßig entzogen sind.

### IX. Finanzverfassungsrechtliche Direktive der vorrangigen Finanzierung aus Steuern?

Kommunale Unternehmen, welche zwar einen öffentlichen Zweck verfolgen und grundrechtskonform ausgeführt werden, zugleich aber Gewinne erwirtschaften und so der Finanzierung des Gemeindehaushalts dienen, könnten wegen Friktionen mit der Finanzverfassung unzulässig sein. Dies wäre der Fall, wenn sich aus den Art. 104a ff. GG das Gebot entnehmen ließe, sich vornehmlich aus Steuern und Abgaben zu finanzieren und andere Refinanzierungsinstrumente ungenutzt zu lassen<sup>398</sup>, welche mehr als nur der Kostendeckung dienen. Aus dem Umstand, dass Finanzmonopole in den Art. 105 Abs. 1, 106 Abs. 1 und 108 Abs. 1 GG ausdrücklich erwähnt sind, könnte sich aus einem *argumentum e contrario* ergeben, dass außer der Einnahmeerzielung durch Steuern nicht explizit geregelte Finanzierungsmöglichkeiten unzulässig sind. Finanzmonopole sind keine Steuern, sie weisen eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit ausschließlich einem Träger öffentlicher Gewalt zum vorrangigen Zweck der Einnahmeerzielung zu<sup>399</sup>. Aufgrund ihrer Finanzierungsfunktion bilden sie keinen Unterfall eines öffentlichen Unternehmens<sup>400</sup>. Aus der Normierung der Finanzmonopole könnte sich aber andererseits auch schlussfolgern lassen, dass sich hieraus die Unzulässigkeit anderer Finanzierungsmethoden ergeben soll. Finanzmonopole stellen eine Verengung der Berufsfreiheit der Bürger dar. Art. 105 Abs. 1 GG könnte daher als *lex specialis* gegenüber Art. 12 Abs. 1 GG<sup>401</sup> aufgefasst werden, der lediglich klarstellt, dass bereits (besser gesagt „noch“<sup>402</sup>) vor-

<sup>396</sup> Püttner, Unternehmen, S. 161, 165.

<sup>397</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 53.

<sup>398</sup> Löwer, VVDStRL 60 (2001), 417 (423); vgl. Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (228) und Scholl, Nr. 10 Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, in: Materialien für die Arbeit vor Ort der Konrad Adenauer Stiftung, S. 12, abrufbar unter [www.kas.de/wf/doc/kas\\_3522-544-1-30.pdf?040615164132](http://www.kas.de/wf/doc/kas_3522-544-1-30.pdf?040615164132), zuletzt aufgerufen am 04.03.2017 um 10.59 Uhr.

<sup>399</sup> Kube, in: BeckOK GG, Art. 105 Rn. 32.

<sup>400</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 22.

<sup>401</sup> Seiler, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 105, Rn. 140; Jarass, DÖV 2002, 489 (490).

handene Finanzmonopole geduldet werden. Für diese Deutungsvariante streitet Art. 110 Abs. 1 GG, welcher Bundesbetriebe erwähnt und damit implizit eine öffentliche Wirtschaftstätigkeit anerkennt<sup>403</sup>.

Das BVerfG entnimmt der Finanzverfassung die Maxime, der Staat habe sich vorrangig aus Steuern zu finanzieren<sup>404</sup>. Hieraus kann zwar nicht geschlussfolgert werden, dass der öffentlichen Hand jegliche sonstige Einnahmequelle untersagt ist<sup>405</sup>, aber sie hat sich an diesem Leitbild zu orientieren, dass der Staat zunächst am Erfolg privater Wirtschaft partizipieren soll, um das „Gemeinwesen“ zu finanzieren<sup>406</sup>. Erwerbswirtschaftliche Betätigung ist folglich nicht unzulässig, wohl aber nachrangig.

## **X. Wirtschaftlichkeit**

Kommunale Unternehmen müssen fernerhin dem Gebot der Wirtschaftlichkeit genügen.

Problematisch ist, ob dessen Geltung auch für Gemeinden unmittelbar aus dem Grundgesetz hergeleitet werden kann.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot findet in Art. 114 Abs. 2 GG Ausdruck, der das Prüfprogramm des Bundesrechnungshofs thematisiert<sup>407</sup>. Anwendbar ist die Norm für die Fälle der unmittelbaren Bundesverwaltung<sup>408</sup>. Fraglich ist, ob die Länder bzw. die Kommunen – welche außerhalb der Bundesverwaltung stehen – der Prüfung des Bundesrechnungshofs unterliegen. Voraussetzung ist zunächst, dass das Handeln der Kommunen Auswirkungen auf die Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes haben kann, vorbehaltlich der finanzverfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der Bundes- und Landeshaushalte gemäß Art. 109 Abs. 1 GG<sup>409</sup>. Aus Respekt vor dieser Selbständigkeit sind daher Mittel, welche den Ländern im Rahmen des Finanzausgleichs nach den Art. 106 Abs. 4 S. 2, Abs. 8, 107 Abs. 2 S. 3 GG als eigene zugewiesen werden, der Kontrolle des Bundesrechnungshofs entzogen<sup>410</sup>. Anders verhält es sich aber in den Fällen der Bundesauftragsverwaltung, in deren Rahmen der Bund die Sach-

---

<sup>402</sup> Das einzige noch bestehende Finanzmonopol des Bundes in Gestalt des Branntweinmonopols läuft bis Ende 2017 aus: *Seiler*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 105, Rn. 140.

<sup>403</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 23; vgl. *Püttner*, Unternehmen, S. 17.

<sup>404</sup> BVerfGE 93, 121 (134).

<sup>405</sup> *Jarass*, DÖV 2002, 489 (490).

<sup>406</sup> BVerfGE 91, 186 (201); 93, 121 (134).

<sup>407</sup> *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1114 f.); *Brüning*, in: *Bauer/Büchner/Hajasch*: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 63; *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453 (464); *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 75.

<sup>408</sup> *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 76.

<sup>409</sup> *Kube*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, IV., Rn. 84 f.; *Butzer*, in: BeckOK GG, Art. 114 Rn. 16.

<sup>410</sup> *Kube*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, IV., Rn. 86.

verantwortung trägt und es daher als legitim erscheint, das „finanzwirtschaftliche Gebaren bei der Aufgabenwahrnehmung“ durch die Länder bzw. durch die Kommunen im Sinne des Art. 114 Abs. 2 GG überprüfen zu lassen<sup>411</sup>.

Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit geht es um einen Nachvollzug der Zweckmäßigkeit des Verwaltungshandelns nach betriebs- oder gesamtwirtschaftlichen Aspekten<sup>412</sup>. Bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung ist eine Kosten-Nutzen- bzw. Aufwands-Ertrags-Betrachtung anzustellen. Im Ergebnis geht es um die Frage, ob mit vorhandenen Ressourcen möglichst sparsam und schonend verfahren wurde<sup>413</sup>, um das jeweilige Ziel des Verwaltungshandelns zu erreichen, wobei nicht das Ziel an sich und seine Zweckmäßigkeit und Vertretbarkeit geprüft werden, sondern die **Art und Weise**, wie es verfolgt wurde<sup>414</sup>. Problematisch ist, dass das Gebot der Wirtschaftlichkeit in Art. 114 Abs. 2 GG (gleichsam als Arbeitsanweisung) an den Bundesrechnungshof adressiert ist. Seiner Formulierung nach kann es nicht so verstanden werden, dass sich sämtliche staatliche Instanzen und auch die Verwaltung von vornherein wirtschaftlich zu verhalten hätten. Allerdings wäre eine repressive Kontrolle sinnlos, ohne zugleich implizit die Pflicht der Verwaltung anzunehmen, sich wirtschaftlich zu verhalten. Lehnt man gleichwohl ab, aus Art. 114 Abs. 2 GG ein allgemeines Verfassungsprinzip zu deduzieren, welches sämtliche Einrichtungen der öffentlichen Hand auch auf Länder- und Kommunalebene – soweit dem Bund die Aufgabenverantwortung zusteht - zur Wirtschaftlichkeit ermahnt, so wird man dieses Prinzip doch den Landesverfassungen und dem einfachen Recht (§ 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 S. 1 BHO entsprechende Bestimmungen in den LHO der Länder<sup>415</sup>) entnehmen können.

## **E. Landesverfassungsrechtliche Vorgaben**

Da die Kommunen den Ländern zuzuordnen sind, gelten für sie freilich auch die Direktiven, welche sich aus den jeweiligen Landesverfassungen ergeben. Diese enthalten zum Teil den Artikeln des Grundgesetzes entsprechende Normierungen, gehen zum Teil aber auch darüber hinaus.

---

<sup>411</sup> Kube, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, IV., Rn. 88; *Butzer*, in: BeckOK GG, Art. 114 Rn. 16.

<sup>412</sup> Kube, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, IV., Rn. 100.

<sup>413</sup> *Schwintowski*, in: *Scholz/Schuler/Schwintowski*: Risikomanagement der Öffentlichen Hand, S. 188.

<sup>414</sup> Kube, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, IV., Rn. 102.

<sup>415</sup> Vgl. nur etwa § 7 Abs. 1 ThürLHO, Thüringer Landeshaushaltsordnung vom 19.09.2000, GVBl. S. 282.

## I. Wirtschaftlichkeit

In den Landesverfassungen finden sich Direktiven, welche die Wirtschaftlichkeit der Verwaltung und Verwendung von Landesvermögen vorschreiben<sup>416</sup>. Auch hiernach ist bei der Frage nach der Wirtschaftlichkeit nicht allein der Preis zu betrachten, vielmehr ist eine Relation zur erstrebten Qualität der angebotenen Leistung herzustellen. Das Recht der Kommune, diese selbst zu definieren, folgt aus ihrer Selbstverwaltungsgarantie. Daher ist es auch der Rechtsaufsichtsbehörde untersagt, eigene Zweckmäßigkeitserwägungen an die Stelle derjenigen der Gemeinde zu setzen<sup>417</sup>.

Grundsätzlich haben die Kommunen eine solche Organisationsform zu wählen, die ihr ein wirtschaftliches Handeln erlaubt, d.h. Flexibilität bietet, um auf sich verändernde Bedingungen angemessen und ressourcenschonend reagieren zu können. Andererseits muss das gemeindliche Unternehmen kontrollier- und steuerbar bleiben, damit einem verschwenderischen Umgang mit öffentlichen Mitteln entgegengewirkt werden kann. Stellvertretend für die übrigen Bundesländer, in denen jeweils Ähnliches gilt, soll das Wirtschaftlichkeitsgebot am Beispiel des Freistaats Thüringen illustriert werden.

Nach Art. 103 Abs. 3 ThürVerf liegt die Zuständigkeit für die Überwachung der Haushalts- und Wirtschaftsführung der Länder beim Landesrechnungshof. Zu prüfen ist von diesem die „bestimmungsgemäße und wirtschaftliche Verwaltung und Verwendung der Landesvermögen und Landesmittel“<sup>418</sup>.

Die Kommunen sind - als deren Untereinheiten - dem Land zuzurechnen, gehören damit auch hinsichtlich ihres Finanzgebahren in die Prüfungszuständigkeit der Rechnungshöfe, worauf auch Art. 103 Abs. 3 S. 2 ThürVerf hindeutet, der auf Stellen außerhalb der Landesverwaltung rekurriert. Für den Sonderbereich der Haushalts- und Wirtschaftsführung der Gemeinden ordnet Art. 103 Abs. 4 ThürVerf ausdrücklich an, dass dem Rechnungshof die diesbezügliche Überwachung übertragen werden *kann*. Wollte man hier keine Redundanz annehmen, müsste man diese Floskel derart auslegen, dass die Wirtschaftlichkeitsprüfung kommunaler Gebietskörperschaften nicht a priori in die Prüfungskompetenz des Landesrechnungshofs vermöge Art. 103 Abs. 3 ThürVerf fällt.

In den Bundesländern, die die kommunalen Gebietskörperschaften nicht derart explizit in den Blick fassen, wird die Prüfungszuständigkeit des Landesrechnungshofs dadurch begründet,

---

<sup>416</sup> Siehe beispielsweise Art. 103 Abs. 3 S. 2 ThürVerf und Art. 97 Abs. 2 S. 1 LSAVerf.

<sup>417</sup> Ehlers, DÖV 1986, 897 (905 und Fn. 71).

<sup>418</sup> Art. 103 Abs. 2 S. 1 ThürVerf.



dass auf die mittelbare Landesverwaltung Bezug genommen wird. Dagegen spricht sich eine Auffassung in der Literatur<sup>419</sup> aus. Danach seien die kommunalen Gebietskörperschaften deshalb aus dieser Bezugnahme herauszunehmen, weil ihre demokratische Legitimation nicht nur auf das Landesvolk, sondern auch auf das gemeindliche Teilvolk zurückzuführen sei. Das verfassungsrechtliche Prinzip demokratischer Legitimation sei aber Grund für die Bindung der Staatsgewalt an das Wirtschaftlichkeitsprinzip. Da aber die demokratische Legitimation der Gemeinden nicht völlig kongruent mit der sonstigen Staatsgewalt ist, da zweispurig aufgebaut, könne das Wirtschaftlichkeitsdogma nicht ohne Weiteres für die Kommunen gelten. Das leuchtet nicht so recht ein. Einerseits bilden die Gemeinden im Staatsaufbau keinen eigenen Gliedstaat, sondern sind Bestandteil der Länder. Andererseits – das gesteht auch diese Literaturauffassung ein – leiten die Kommunen ihre Legitimation zumindest auch vom Landesvolk ab. Außerdem könnten die Gemeinden sonst auch von anderen landesverfassungsrechtlichen Vorgaben dispensiert werden mit dem Argument, die Legitimationsstrukturen unterscheiden sich zwischen Kommunen und andere Gebilden der mittelbaren und unmittelbaren Landesverwaltung, sofern nicht ausdrücklich auch auf die kommunalen Gebietskörperschaften verwiesen wird.

## **II. Gemeinwohlbindung bei wirtschaftlicher Tätigkeit**

In Art. 151 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung findet sich die Pflicht der öffentlichen Hand, bei wirtschaftlicher Tätigkeit einen Gemeinwohlbezug herzustellen. Angesichts der oben festgestellten<sup>420</sup>, stets gegebenen potentiellen Grundrechtsrelevanz staatlichen Wirtschaftens und dem daraus folgenden Rechtfertigungsgebot erscheint dies zunächst redundant zu sein. Den Kritikern, welche diese jedoch ablehnen, da die Grundrechte vermeintlich nicht gegen (staatliche) Konkurrenz schützen sollen, kann dies jedoch als erfreuliche Klarstellung entgegeng gehalten werden.

Der Landesgesetzgeber hat hier folglich besonders Obacht darauf zu legen, solche rechtlichen Rahmenbedingungen für die kommunalen Unternehmen zu schaffen, die ein Abdriften vom öffentlichen Zweck resp. dem Gemeinwohl bei der unternehmerischen Betätigung verhindern.

---

<sup>419</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 442.  
<sup>420</sup> D. II. 2. a. aa.

### **III. Schutz von KMU**

Art. 153 S. 1 der Bayerischen Verfassung<sup>421</sup> enthält – wie in Thüringen auf einfachgesetzlicher Ebene in § 71 Abs. 3 ThürKO formuliert – eine Kautele zum Schutz von Klein- und Mittelstandsunternehmen (KMU) vor Aufsaugung. Fortentwickelt wird dies wettbewerbsrechtlich in Art. 156 der Bayerischen Verfassung, welches ein Verbot der Kartell- und Konzern- bzw. Monopolbildung enthält, um so Existenzbedrohungen für KMU auszuschließen.

### **IV. Mit grundgesetzlichen Vorgaben kongruente Direktiven**

In den Landesverfassungen sind weiterhin die Geltung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips sowie die Selbstverwaltungsgarantie stipuliert. Das bereits in Bezug auf die Normierungen im Grundgesetz Gesagte gilt hier ebenso. Die Grundrechte der Berufs-, Eigentums- und allgemeinen Handlungs- resp. Unternehmer- und Wettbewerbsfreiheit sind mitunter leicht modifiziert oder haben eine detailliertere Regelung erfahren. Sie finden sich meist in den landesverfassungsrechtlichen Abschnitten über die Wirtschafts- und Sozialordnung. Die dort enthaltenen Grundrechte werden von ihrem Schutzgehalt her jedoch in ähnlicher Weise wie die im Grundgesetz enthaltenen ausgelegt, sodass auch hier auf das bereits Gesagte verwiesen werden kann. Grundrechtseingriffe müssen sich ebenfalls durch einen Rekurs auf einen öffentlichen Zweck, das Gemeinwohl<sup>422</sup>, legitimieren lassen.

### **F. Einfachgesetzliche Grundlagen**

Das Selbstverwaltungsrecht steht den Gemeinden qua Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG nur im „Rahmen der Gesetze“ zu, wirkt also grundsätzlich – vorbehaltlich eines unantastbaren Kernbereichs – nur innerhalb der Grenzen, die ihnen durch den Landesgesetzgeber gesetzt werden. Der Vorbehalt gesetzlicher Regelungen bezieht sich auch auf organisatorische Vorgaben der Legislative. Unzulässig sind jedoch solche Normierungen, die eine willkürliche Steuerung der Organisation der Gemeinde durch staatliche Instanzen erlauben<sup>423</sup>. Gesetzgeberische Vorga-

<sup>421</sup> Verfassung des Freistaates Bayern v. 15.12.1998, GVBl. 991.

<sup>422</sup> Vgl. Art. 52 Abs. 2 S. 1 RhPfVerf, Verfassung für Rheinland-Pfalz v. 18.05.1947, VOB1. S. 209.

<sup>423</sup> BVerfGE 91, 228 (239); 107, 1 (13).

ben im Hinblick auf den organisatorischen Aufbau der Gemeinde sind daher grundsätzlich zulässig, folgt doch aus Art. 28 Abs. 2 GG kein Alleinorganisationsrecht der Gemeinden<sup>424</sup>. Organisatorische Vorentscheidungen des Gesetzgebers sind nicht ohne materielle Wirkung: Das Rechtskleid eines gemeindlichen Unternehmens bedingt die Aufgabenwahrnehmung inhaltlich, was mit Blick auf die Sicherung einer effektiven Aufgabenwahrnehmung durchaus erwünscht sein kann<sup>425</sup>. Die gesetzlichen Vorgaben dürfen indes die Mitverantwortung der Gemeinden bei der organisatorischen Ausgestaltung ihrer Aufgabenbewältigung nicht beseitigen, müssen den Kommunen also einen Gestaltungsspielraum belassen. Was die öffentliche Wirtschaftstätigkeit anbelangt, finden sich auf einfachgesetzlicher Ebene insbesondere Vorgaben in den Gemeindeordnungen, des Haushaltsrechts, Kommunalabgaben- und sonstigen Fach- (bezogen auf die jeweils wahrgenommene Aufgabe) und allgemeinen Rechts. Auf die Unternehmen in den (privaten) Gesellschaftsformen der GmbH und der AG findet fernerhin das (bundesrechtlich normierte) Gesellschaftsrecht Anwendung.

## **I. Gemeindeordnungen**

In der Literatur wird mitunter konstatiert, die Restriktionen, welche die Gemeindeordnungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit machen, seien leicht überwindbar, ineffektiv und auch nicht geeignet, illegitimes Handeln öffentlicher Unternehmen zu überwinden, was wohl auch daran liege, dass die in den Gemeindeordnungen vorgesehenen Kautelen vornehmen auf die Errichtung und wesentliche Erweiterung der Unternehmen bezogen seien<sup>426</sup>. Ein Ansatz, dies zu verbessern, wäre wohl eine Anwendung der Voraussetzungen nicht nur auf die Unternehmensgründung, sondern auch auf seine Betätigung<sup>427</sup>.

Der Zweck der in den Gemeindeordnungen enthaltenen Vorschriften zum kommunalen Wirtschaftsrecht wird auf unterschiedliche Art bestimmt. Einerseits sollen die Normen den Selbstschutz der Gemeinde intendieren, sodass diese sich nicht überlastet und sich nicht unnötigen finanziellen Risiken aussetzt<sup>428</sup>. Daneben wird vielfach vor allem den Subsidiaritätsklauseln

<sup>424</sup> BVerfGE 91, 228 (240), 107, 1 (13).

<sup>425</sup> BVerfGE 91, 228 (240 f.).

<sup>426</sup> *Burgi*, VerwArch 93, 255 (261 und Fn. 26).

<sup>427</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 80.

<sup>428</sup> RhPfVerfGH, Urt. v. 28.03.2000 – VGH N 12/98 Rn. 40 - juris; *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (6); *Grundlach*, LKV 2000, 58; *Badura*, DÖV 1998, 818; *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (769).

der Zweck des Schutzes der Privatwirtschaft vor kommunaler Konkurrenzbetätigung entnommen<sup>429</sup>.

### **1. Numerus clausus zulässiger Rechtsformen?**

In den Gemeindeordnungen gibt der Gesetzgeber vor, welche Organisationsformen den Kommunen für ihre Unternehmen zur Verfügung stehen. Genannt werden in allen Gemeindeordnungen die Eigenbetriebe und die Rechtsformen des Privatrechts. Mit Ausnahme des Freistaats Sachsen werden den Gemeinden nun auch die Anstalten des öffentlichen Rechts als juristische Person des öffentlichen Rechts offeriert. Man wird davon ausgehen müssen, dass die Kommunalordnungen einen abschließenden Katalog wählbarer Organisationsformen enthalten. Das Rechtskleid des Unternehmens präjudiziert gleichsam inhaltlich die Aufgabenwahrnehmung. Öffentliche Wirtschaftstätigkeit – erfolgt sie auch im Interesse des Gemeinwohls – hat Grundrechtsrelevanz. Aus der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG folgt hieraus schon die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage, der Gesetzgeber muss gerade in grundrechtssensiblen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Bei Anstalten des öffentlichen Rechts liegt diese Grundrechtsbetroffenheit wohl deutlicher auf der Hand als bei den sonstigen, den Kommunen zur Verfügung stehenden Organisationsformen: Zugunsten der AöR kann ein Anstalts- und Benutzungszwang angeordnet werden und die Anstalten verfügen grundsätzlich<sup>430</sup> über eine Verwaltungsaktsbefugnis, können dem Bürger also einseitig befehlend gegenüber treten. Bei der Nichtaufnahme bestimmter Organisationsformen in den Gemeindeordnungen handelt es sich folglich um einen absichtsvollen Regelungsverzicht, um ein beredtes Schweigen des Gesetzgebers, der damit zum Ausdruck bringt, andere als die aufgelisteten Unternehmensformen nicht zur Disposition der Kommunen stellen zu wollen. Die Gemeinden haben sich also bei der Wahl der Rechtsform für ihre Unternehmen an den in den Gemeindeordnungen enthaltenen Rechtskleidern zu orientieren. Die steht freilich unter dem

<sup>429</sup> § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO; Vgl. baden-württembergische LT-Drs. 13/4767, S. 9; sächsische LT-Drs. 12/918, S. 18 f.; RhPfVerfGH, Urt. v. 28.03.2000 – VGH N 12/98 Rn. 36 – juris; VGH München, Urt. v. 23.07.1976 – 32 V 75 Rn. 37 ff. = BayVBl. 1976, 628 (629); *Sonder*, LKV 2012, 202 (203); *Badura*, DÖV 1998, 818; a.A. bayerrische LT-Drs. 13/10828, S. 19; offen gelassen: OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.08.2008 – 10 ME 280/08 Rn. 9 – juris, wobei diese Rechtsprechung aufgrund der Gesetzesänderung des § 136 Abs. 1 S. 3 NKomVG wegen des eindeutigen Bekenntnisses zum Drittschutz Makulatur geworden ist. Das OVG Münster hat einen Drittschutz nicht aus der Subsidiaritäts-, sondern aus der Zweckklausel des § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NRW hergeleitet: OVG Münster, Beschl. v. 13.08.2003 – 15 B 1137/03 – juris.

<sup>430</sup> Siehe bspw. § 76a Abs. 2 ThürKO.

Vorbehalt, dass die gesetzlichen Regelungen selbst mit höherrangigem Recht, als verfassungsnormativen Vorgaben, übereinstimmen<sup>431</sup>.

## **2. Geschichte der Kommunalordnungen**

Das Kommunalrecht ist historisch gewachsenes Recht. Die Gemeindeordnungen der Länder finden ihren Ursprung in der DGO von 1935, haben zwar im Laufe der Zeit ihre Grundstruktur (Zweck-, Subsidiaritäts- und Leistungsfähigkeitsklausel) beibehalten, sich jedoch in der näheren Ausgestaltung in Details unterschiedlich entwickelt. Insoweit wird gar von einem „Flickenteppich“ der rechtlichen Grundlagen gesprochen<sup>432</sup>. Der Erlass der DGO ist als Reaktion auf die ausufernde kommunale Wirtschaftstätigkeit der Weimarer Zeit zu verstehen. Waren öffentliche Unternehmen nach dem ersten Weltkrieg zunächst noch gegründet worden, um elementare Grundbedürfnisse der Bevölkerung zu befriedigen, wurden sie bald als lukrative Einnahmequelle angesehen, um der zunehmenden Finanznot der Gemeinden Herr zu werden<sup>433</sup>. Doch der Finanznot vermochten die Kommunen nicht zu entinnen: Zur Gewinnmaximierung wurden notwendige Restrukturierungsmaßnahmen für öffentlichen Unternehmen unterlassen oder in der Weltwirtschaftskrise, in welcher Überkapazitäten und Erwerbslosigkeit in der Privatwirtschaft kulminierten, insolvent gegangene private Unternehmen ohne Rentabilitätsaussicht übernommen<sup>434</sup>. Die DGO intendierte daher den Schutz der Kommunen vor finanzieller Überlastung und Eindämmung ihrer Wirtschaftstätigkeit.

## **3. Voraussetzungen der Kommunalwirtschaft am Beispiel Thüringens**

Im Folgenden sollen die in den Gemeindeordnungen stipulierten Voraussetzungen für eine kommunale Wirtschaftstätigkeit anhand der Kommunalordnung für den Freistaat Thüringen<sup>435</sup> exemplarisch vorgestellt werden. Daneben wird auf Besonderheiten in den Gemeindeordnungen anderer Bundesländer eingegangen, wo dies angezeigt erscheint.

---

<sup>431</sup> Dazu Kapitel 4 C.

<sup>432</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindewirtschaftsrecht des BDI, S. 7.

<sup>433</sup> Wettbewerbsbarometer, Gemeindewirtschaftsrecht des BDI, S. 8.

<sup>434</sup> Wettbewerbsbarometer, Gemeindewirtschaftsrecht des BDI, S. 8.

<sup>435</sup> Thüringer Gemeinde- und Landkreisordnung v. 28.1.2003, GVBl. S. 41.

### **a. Der öffentliche Zweck**

Gemäß § 71 Abs. 2 Nr. 1 ThürKO muss das jeweilige kommunale Unternehmen einen öffentlichen Zweck tragen bzw. durch einen solchen „gerechtfertigt“ sein. In der nordrhein-westfälischen<sup>436</sup> (§ 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) und der bayerischen Gemeindeordnung<sup>437</sup> (Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1) heißt es hingegen, dass der öffentlichen Zweck das Unternehmen „erfordern“ müsse. Diese unterschiedlichen Formulierungen weisen nicht bloß auf die ästhetischen resp. Sprachlichen Präferenzen des jeweiligen Normgebers hin, sondern haben Auswirkungen auf die Begründungslast der Gemeinden<sup>438</sup>. So verwundert es nicht, dass das OVG Münster dieser Kautele des „Erforderns“ einen drittschützenden Charakter beigemessen hat – wohingegen dies andere Gerichte nur der (strengen) Subsidiaritätsklausel entnehmen: Das OVG begründet den in § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NRW zum Ausdruck kommenden Drittschutz parallel mit dem in der Subsidiaritätsklausel enthaltenen Gedanken damit, dass der öffentliche Zweck die kommunale Wirtschaftstätigkeit schon nicht erfordert, wenn die fragliche Leistung besser oder wirtschaftlicher von Privaten angeboten werden kann<sup>439</sup>.

Ob sich in der Rechtspraxis zwischen der Rechtfertigungs- und der Erfordernisklausel tatsächlich ein substantieller Unterschied ergibt, ist fraglich. Eine realistische Einschätzung lässt sich wohl dahingehend treffen, dass lediglich das philologische Geschick der Kommunen herausgefordert wird, zumal den Gemeinden für die Festlegung des öffentlichen Zwecks eine Einschätzungsprärogative zuerkannt wird<sup>440</sup>: Kann diese darlegen, dass ihr Unternehmen einen öffentlichen Zweck verfolgt (und wird dieser entsprechend der Subsidiaritätsklausel nicht durch privatwirtschaftlich betriebene Unternehmen in gleicher oder besserer Quantität und Qualität sichergestellt), ist das gemeindliche Unternehmen in der Regel auch erforderlich. Gemeinsam haben jedenfalls beide Formulierungsalternativen den „öffentlichen Zweck“. Was sich hinter diesem Begriff verbirgt, lässt sich nicht uneindeutig bestimmen.

### **aa. Verbot rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung**

Präferiert wird in Rechtsprechung und Literatur eine Negativabgrenzung dahingehend, eine

---

<sup>436</sup> Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 14.07.1994, GV NW. S. 666.

<sup>437</sup> Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern v. 22.08.1998, GVBl. S. 796.

<sup>438</sup> *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Rn. 707.

<sup>439</sup> OVG Münster NVwZ 2003, 1520 (1521).

<sup>440</sup> *Franzius*, JURA 2009, 677 (680).

rein erwerbswirtschaftliche Betätigung aus reinem Gewinnstreben auszuklammern<sup>441</sup>. Als Topos wird vor allem der Konflikt mit der Teleologie des Steuerstaates genannt<sup>442</sup>: Die dem Staat zugedachte Abgabenhöhe – mit der damit verbundenen Freistellungen von den Unwägbarkeiten des Marktes und Wettbewerbs – enthalte die Berechtigung, am Erfolg privaten Wirtschaftens zugunsten des Gemeinwesens zu partizipieren, was zugleich darauf hindeute, eine Selbstfinanzierung durch staatliche Wirtschaftstätigkeit zu unterlassen. Die Tragfähigkeit dieser Argumentation ist jedoch zu bezweifeln. Aus der Befugnis des Staates, Abgaben zu erheben allein, kann nicht geschlossen werden, dass jede andere Einnahmequelle ungenutzt zu bleiben habe bzw. der öffentlichen Hand nicht zugänglich sei<sup>443</sup>. Einem Nebeneinander verschiedener Refinanzierungsinstrumente wird in den Art. 104a ff. GG keine Absage erteilt. Es entspricht allenfalls der Rechtspraxis, dass die hoheitlich erhobenen Abgaben die dominierende Einnahmequelle des Staates sind. Die Abgabenhöhe für sich sichert lediglich die Überlebensfähigkeit des Staates, denn eine Finanzierung aus anderen, auch Privaten zugänglichen Quellen garantiert keine ausreichende monetäre Ausstattung zur Wahrnehmung seiner Aufgaben.

Gegen eine wirtschaftliche Betätigung ausschließlich zur Gewinnerzielung wird fernerhin vorgebracht, dass dies mit der Grundrechtsverwirklichung konfligiere<sup>444</sup>. Der Staat müsse ideale Bedingungen für die Wahrnehmung der Grundrechte seiner Bürger schaffen, was er torpediere, wenn er aus rein erwerbswirtschaftlichen Motiven handle. Damit wird der leistungsrechtliche Aspekt der Grundrechte angesprochen. Bei der Forderung nach der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks bei staatlicher Wirtschaftsteilnahme geht es allerdings um die abwehrrechtliche Doktrin. Der Staat hat Wettbewerbsfreiheit zu gewährleisten, nicht aber optimale Bedingungen dafür zu schaffen, dass die Bürger aus der Aktualisierung der ihnen eingeräumten Freiheiten den größtmöglichen Nutzen ziehen.

Ein wenig widersprüchlich erscheint diese Auffassung denn auch, wenn sie eine erwerbswirtschaftliche Betätigung vom Ansatz her ablehnt, eine Gewinnmitnahme gleichwohl für zulässig erachtet<sup>445</sup>. Begründet wird dies einerseits mit dem Verfassungsprinzip der Wirtschaftlichkeit und andererseits mit Art. 110 Abs. 1 GG, der auch die „Ablieferungen“ der Bundesbe-

<sup>441</sup> Siehe nur: BVerfGE 61, 82 (107 f.); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 81; *Schink*, NVwZ 2002, 129 (134); *Stober*, NJW 2002, 2357 (2362); *Badura*, DÖV 1998, 818 (821); *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 f.; *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091); *Berkemann*, Kapitalbeteiligung, S. 135 ff.; *Püttner*, Unternehmen, S. 131.

<sup>442</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 81; *Löwer*, VVDStRL 60 (2001), 416 (420 f.); *Schmahl*, LKV 2000, 47 (48); *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091); zweifelnd: *Britz*, NVwZ 2001, 380 (382).

<sup>443</sup> So auch *Otting*, DVBl. 1997, 1258 (1260).

<sup>444</sup> *Berg*, WiVerw 2000, 141 (149 f.).

<sup>445</sup> *Stober*, NJW 2002, 2357 (2361); *Schink*, NVwZ 2002, 129 (134); *Heimlich*, NVwZ 2000, 746 (747 f.); *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1091).

triebe regele, ohne sich ausdrücklich gegen die Erzielung von Überschüssen zu wenden. Nicht ganz konsistent erscheint es daher, aus der Konzeption des Steuerstaates einen Ausschluss reiner Erwerbswirtschaft zu stipulieren, obgleich auch die Art. 104a ff. GG keinen expliziten Verweis auf die Unzulässigkeit anderer Finanzierungsinstrumente enthalten.

### **bb. Gegenauffassung: Zulässigkeit reinen Gewinnstrebens**

Teile der Literatur halten eine mittelbare Förderung eines öffentlichen Zwecks für ausreichend, indem die erwirtschafteten Gewinne dem kommunalen Haushalt zugeführt und zur Finanzierung der von der Gemeinde wahrzunehmenden Aufgaben eingesetzt werden<sup>446</sup>, insbesondere wenn den Kommunen sonstige Finanzierungsmöglichkeiten nicht zur Seite stehen. Zum einen lasse sich die Steuerstaatsthese anhand der Entstehungsgeschichte und am Wortlaut der Verfassung kaum nachvollziehen; zum anderen leite das BVerfG in seiner Sasbach-Entscheidung<sup>447</sup> das Erfordernis des öffentlichen Zwecks bloß aus einfachgesetzlichen Vorgaben, nicht aber aus Verfassungsrecht her, sei daher widerlegbar<sup>448</sup>. Gegen diese Auffassung wird eingewendet, dass man dem Staat sonst etwas gewähre, was ihm verwehrt sei namentlich grundrechtliche Freiheit<sup>449</sup>. Das Eigentum in öffentlicher Hand dürfe nicht nach seinem Belieben eingesetzt werden, sondern sei im Sinne des Gemeinwohls zu gebrauchen. Es leuchtet zwar ein, dass rein aus Finanzinteressen geführte öffentliche Unternehmen im Ergebnis das Gemeinwohl fördern, indem seine Ablieferungen in Bereichen eingesetzt werden, deren Finanzierung bisher nicht gesichert war. Doch sind die erwirtschafteten Gewinne von vornherein nicht zweckgebunden, es erscheint daher bei Aufnahme der Wirtschaftstätigkeit unsicher und willkürlich, welche kommunalen Aufgaben „bezuschusst werden“. Es erscheint zudem denkbar, dass die Gemeinde zunächst davon absieht, ihre Gewinne zu investieren und stattdessen Rücklagen für Notzeiten bildet. Damit ergeben sich Probleme bei der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen durch staatliche Konkurrenz: Welcher konkrete legitime Zweck kann hier der Einschränkung bürgerlicher Freiheit gegenübergestellt werden? Die Gewinnerwirtschaftung allein kann es nicht sein, denn wären monetäre Interessen berücksichtigungsfähig, wäre Grundrechtsschutz (ver-)käuflich: Die Pflicht, den Schutz vor Übergriffen auf Freiheit und Eigentum der Bürger einerseits zu gewährleisten (staatliche Schutzpflicht),

<sup>446</sup> Otting, DVBl. 1997, 1258 (1262 f.); Püttner, Unternehmen, S. 4; vgl. zur Zulässigkeit reiner Erwerbswirtschaft aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten: Gersdorf, AfP 1998, 470 (472).

<sup>447</sup> BVerfGE 61, 82.

<sup>448</sup> Britz, NVwZ 2001, 380 (382).

<sup>449</sup> Löwer, VVDStRL 60 (2001), 416 (420).



aber auch die Pflicht, Grundrechtseingriffe durch den Staat andererseits zu unterlassen, könnte sonst mit der Begründung außer Kraft gesetzt werden, dass es der öffentlichen Hand zu „teuer“ käme.

Damit ist eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, welche ausschließlich von einem Gewinnstreben geleitet wird, unzulässig. Die Gegenauffassung ist folglich abzulehnen.

### **cc. Inhaltliche Konturierung des Begriffs des öffentlichen Zwecks**

Eine Negativabgrenzung (Ausklammerung rein fiskalischer Interessen) kann zwar vorgenommen werden, doch bleibt weiterhin fraglich, welchen positiven Gehalt der Begriff des öffentlichen Zwecks aufweist. Zunächst einmal muss man sich fragen, ob nicht ein ausschließlicher Katalog<sup>450</sup> zulässiger öffentlicher Zwecke existiert. Dagegen spricht das Fehlen einer derartigen Enumeration in den Gemeindeordnungen oder den Gesetzesbegründungen. Außerdem würde dies das Selbstverwaltungsrecht und die Einschätzungsprärogative der Gemeinden<sup>451</sup> unterlaufen. Diese können am besten beurteilen, welche örtlichen Bedürfnisse befriedigt werden müssen, welche konkreten Bedarfe bestehen. Ein feststehender Katalog würde dem Wandel der Zeit, insbesondere dem demografischen Wandel nicht Rechnung tragen können wie Veralterung der Bevölkerung oder Integration von Migranten u. Ä.

Um den Begriff des öffentlichen Zwecks aber nicht ufer- und konturenlos werden zu lassen, bedarf es gleichwohl einer inhaltlichen Umreißung. Andernfalls bestünde die Gefahr, rein erwerbswirtschaftliche Interessen unter dem Deckmantel eines angeblichen öffentlichen Zwecks mittels kommunaler Unternehmen zu verfolgen.

Der öffentliche Zweck wird in der Regel so begriffen, dass die Kommunen einen Versorgungsauftrag mittels ihrer Unternehmen erfüllen müssen, letztlich das Gemeinwohl der Einwohner gefördert werden müsse<sup>452</sup>. Dass damit kein Gewinn an Rechtsklarheit verbunden ist, ist offensichtlich. Kommunale Unternehmen sind nämlich immer Instrumente zur Verwirklichung kommunalpolitischer Zielvorstellungen<sup>453</sup>. Sie müssen derart programmiert werden, dass sie öffentliche, den Gemeinden auferlegte Aufgaben erfüllen; mithin wird der öffentliche Zweck durch konkrete öffentliche Aufgaben näher ausgeformt<sup>454</sup>. Klassische Beispiele von öffentlichen Aufgaben sind solche, die der Daseinsvorsorge dienen. Doch auch dieser Begriff

<sup>450</sup> Dagegen, aber ohne nähere Begründung: *Sonder*, LKV 2013, 202 (203).

<sup>451</sup> BVerwG, Urt. v. 22.02.1972 – I C 24.69 Rn. 17 - juris; *Lange*, NVwZ 2014, 616 (617); *Ehlers*, DÖV 1986, 897.

<sup>452</sup> OVG Schleswig NVwZ 2014, 323, 5. Ls.; *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 f.

<sup>453</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 14; *Püttner*, Unternehmen, S. 163.

<sup>454</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 15.

entbehrt einer eindeutigen Kontur. Typischerweise umfasst er die Versorgung der Bürger mit lebenswichtigen Gütern und Leistungen<sup>455</sup> - wie das Bereitstellen von Telekommunikationsdiensten, Trinkwasser und gesundheitsfördernden Maßnahmen<sup>456</sup>. In der Rechtsprechung anerkannt sind zum Beispiel die Strom-, Gas-, Wärme- und Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, die Wohnungswirtschaft und der öffentliche Verkehr<sup>457</sup>. Dieser klassische Bereich der Daseinsvorsorge ist aus der Notwendigkeit heraus entstanden, die Existenz der Bevölkerung nach dem 1. Weltkrieg zu sichern. Heute jedoch besteht dieses Bedürfnis nicht mehr gleichermaßen akut. Aufgrund der gewandelten Verhältnisse muss man denn entweder den Begriff der Daseinsvorsorge weiter fassen oder den öffentlichen Zweck extensiv auslegen und über die eigentlichen Daseinsvorsorgeaufgaben hinaus auch andere öffentliche Aufgaben als Rechtfertigungsgrund für staatliche Wirtschaftstätigkeit anerkennen. Letzteres erscheint angebracht, damit sich der Begriff der Daseinsvorsorge nicht in Unbestimmtheit verliert.

Unter Geltung des Sozialstaatsprinzips ist als öffentlicher Zweck auch die Förderung sonstiger sozialer Ziele, wie die Schulung zur Eingliederung von Arbeitslosen, zu fassen<sup>458</sup>. Daneben können auch wirtschaftsfördernde und wettbewerbsregulierende sowie umweltpolitische Zwecke verfolgt werden<sup>459</sup>. Letztlich ist die Festlegung des öffentlichen Zwecks eine Frage „sachgerechter Kommunalpolitik“<sup>460</sup>, weshalb dem in den Gemeindeordnungen stipulierten Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Zwecks im Grunde die steuernde Wirkung zu versagen ist<sup>461</sup>. In der Regel kann die Verfolgung eines solchen Zwecks bzw. die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch einen größeren oder kleineren Begründungsaufwand dargelegt werden. Um dem vorzubeugen, dass die Zweckklausel zu einer leeren Förmlichkeit verkommt, wird man sich stets die Kontrollfrage stellen müssen, ob die von dem Unternehmen angebotene Leistung oder die von ihm offerierten Güter und nicht erst ihr Ertrag unmittelbar dem Wohle der Bürger dienen. Der öffentliche Zweck muss mithin von „außen“ herangetragen und darf nicht künstlich von der Gemeinde konstruiert werden<sup>462</sup>.

<sup>455</sup> Breuer, in: *Isensee/Kirchhof*: HStR, Bd. VI, § 148 Rn. 61.

<sup>456</sup> Mehde, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 28, B., III., Rn. 93.

<sup>457</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 07.05.2015 – 4 L 163/14, Rn. 47 – juris.

<sup>458</sup> Lange, NVwZ 2014, 616 (617); Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); Püttner, Unternehmen, S. 52, 57.

<sup>459</sup> Ehlers, JZ 1990, 1089 (1091); Püttner, Unternehmen, S. 51 ff.

<sup>460</sup> BVerwG, Urt. v. 22.02.1972 – I C 24.69 Rn. 17 - juris; a.A. OVG Schleswig NVwZ 2014, 323, 6. Ls.; Brüning, NVwZ 2015, 689 (691).

<sup>461</sup> Schink, NVwZ 2002, 129 (132).

<sup>462</sup> BVerfGE 61, 82 (107) – Sasbach; Badura, DÖV 1998, 818, 821.

## dd. Nebenbetriebe und Hilfsgeschäfte

Fraglich ist, wenn man sich dem Verbot des ausschließlichen Gewinnstrebens anschließt, wie Nebenbetriebe, welche etwa zur Ausnutzung freier Kapazitäten errichtet wurden (sog. Randnutzungen<sup>463</sup>), zu behandeln sind. In der Literatur wird danach differenziert, ob es sich um selbständige oder unselbständige Nebenbetriebe handelt. Letztere seien in jeder Hinsicht als Teil des Hauptbetriebes anzusehen und unterlägen daher keinen weiteren Voraussetzungen<sup>464</sup>. Vielmehr entspreche dieses Handeln einem wirtschaftlichen Ausnutzen freier, sonst brachliegender Kapazitäten<sup>465</sup>. Allerdings fragt sich hier, ob und wie lange derartige Kompensationsstrategien aufrecht erhalten bleiben dürfen, insbesondere ob die Gemeinde verpflichtet ist, den Hauptbetrieb zu verschmälern, wenn sich abzeichnet, dass dieser über längere Zeit in seinem bisherigen Umfang nicht wirtschaftlich geführt werden kann<sup>466</sup>. Gewinnen die angegliederten Betriebe an Eigenständigkeit und nimmt ihre Tätigkeit im Verhältnis zu der des Hauptbetriebes an Gewicht zu, sind sie als selbständige Einheiten anzusehen, welche jeweils für sich die in den Gemeindeordnungen niedergeschriebenen Zulässigkeitsanforderungen für kommunale Unternehmen zu erfüllen haben<sup>467</sup>. Das heißt, dass diese Nebenbetriebe ihrerseits öffentliche Aufgaben wahrnehmen müssen. Das leuchtet auch ein, da sonst die Kommune einen Gemeinwohlzwecken dienenden Hauptbetrieb errichtet, um einen Nebenbetrieb anzugliedern, der ausschließlich erwerbswirtschaftlich tätig wird und so den kommunalen Haushalt aufbessert. Daher ist der Auffassung des OLG Hamm beizupflichten, dass allein die bessere Auslastung des Unternehmens und seiner Ressourcen keinen öffentlichen Zweck darstellt<sup>468</sup>. Hilfsbetriebe werden hingegen unterstützend ausschließlich für die öffentliche Hand tätig, befriedigen folglich einen Eigenbedarf<sup>469</sup>. Die Auffassung, dass diese Betriebe ebenfalls die Schrankentrias zu beachten haben, weil sie auch als Nachfrager am Markt auftreten<sup>470</sup>, erscheint deshalb nicht tragfähig, da schon die einfachrechtlich abgesicherten Verfassungsgebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit die Kommunen verpflichten, mit ihren finanziellen Ressourcen sorgfältig umgehen. Gegebenenfalls ist das Vergaberecht zu beachten, welches auf Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Bieter sowie ebenfalls auf

<sup>463</sup> BVerwG NJW 1989, 2409 (2410).

<sup>464</sup> Schink, NVwZ 2002, 129 (135); Püttner, Unternehmen, S. 40.

<sup>465</sup> BVerwG NJW 1989, 2409 (2410); Britz, NVwZ 2001, 380 (384); vgl. Schink, NVwZ 2002, 129 (135).

<sup>466</sup> Vgl. Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 32; wie hier zweifelnd auch Schink, NVwZ 2002, 129 (135).

<sup>467</sup> Schink, NVwZ 2002, 129 (134 f.); Badura, DÖV 1998, 818 (820 f.); Püttner, Unternehmen, S. 41.

<sup>468</sup> OLG Hamm NJW 1998, 3504 – Gelsengrün.

<sup>469</sup> § 102 Abs. 4 Nr. 3 GO BW;

<sup>470</sup> Püttner, Unternehmen, S. 41.

Wirtschaftlichkeit zielt. Allein das Auftreten auf der Einkaufsseite ist zudem nicht als wirtschaftliche Betätigung zu verstehen. Die Gemeinde tritt nicht zuletzt nicht in Konkurrenz zur Privatwirtschaft, „bedroht“ diese also nicht durch eigenes unternehmerisches Engagement. Abgestützt wird dies in einigen Gemeindeordnungen, welche festlegen, dass Hilfsbetriebe keine wirtschaftliche Betätigung darstellen<sup>471</sup>.

### **ee. Permanente Verfolgung des öffentlichen Zwecks (Betätigungskontrolle)**

Die Diktionen der Gemeindeordnungen differieren in Wortlaut und Effektivität der Schrankentrias mitunter erheblich. Teilweise finden sich in den Eingangsformulierungen Wendungen derart, dass die Zweck-, Leistungsfähigkeits- und Subsidiaritätsklausel zu erfüllen sind, wenn kommunale Unternehmen errichtet, übernommen oder (wesentlich) erweitert werden<sup>472</sup>. Besser und den grundrechtlichen Anforderungen entsprechend ist eine explizite, kontinuierliche Verpflichtung der öffentlichen Unternehmen auf den öffentlichen Zweck. Aus dem Demokratieprinzip folgt zudem die Notwendigkeit, das Staatshandeln – somit auch das Handeln der Verwaltung – an den Willen des Volkes rückanzubinden. **Entfernt** sich das Unternehmen von dem öffentlichen Zweck, welcher Voraussetzung für die Zulässigkeit seiner Errichtung war, wird dieser **Volkswille missachtet**. Das an die Kommunalvertretungen weitergereichte Mandat würde missbraucht, wenn die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zunächst nur pro forma vorgespiegelt würde, um sich sodann von den Vorgaben der Schrankentrias zu entkoppeln und das Unternehmen nach Belieben zu führen.

In den vorbildlicheren Gemeindeordnungen wird so auch stipuliert, dass sich die Gemeinden wirtschaftlich nur „betätigen“ dürfen, wenn die weiteren Voraussetzungen der Schrankentrias erfüllt werden<sup>473</sup>. Das Unternehmen unterliegt damit schon kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung einer Betätigungskontrolle<sup>474</sup>, wohingegen man dies bei den diese Betätigungskontrolle nicht anordnenden Gemeindeordnungen mittels verfassungskonformer Auslegung

<sup>471</sup> § 121 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 HGO; § 68 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KV M-V; § 136 Abs. 3 Nr. 3 NKomVG; § 107 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GO NRW; § 85 Abs. 4 S. 1 Nr. 7 GO Rh.-Pf.; § 108 Abs. 2 Nr. 2 KSVG; § 94a Abs. 3 Nr. 2 SächsGemO; § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 GO SH.

<sup>472</sup> § 71 Abs. 2 ThürKO; § 102 Abs. 1 GO BW; Art. 87 Abs. 1 S. 1 BayGO; § 136 Abs. 1 S. 1 NKomVG; § 85 Abs. 1 S. 1 GemO Rh.-Pf.; § 108 Abs. 1 KSVG; § 94a Abs. 1 S. 1 SächsGemO; § 101 Abs. 1 GO Schl.-H.

<sup>473</sup> § 91 Abs. 2 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 S. 1 HGO; § 68 Abs. 1 KV M-V; § 107 Abs. 1 S. 1 GO NRW; § 128 KVG LSA.

<sup>474</sup> *Mann* (Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 130) spricht von „Aufgabenerfüllungskontrolle“. Diese Diktion erscheint inadäquat. Ob das Unternehmen seine Ziele tatsächlich erreicht, ist von verschiedenen, auch äußeren Faktoren abhängig. Wichtiger ist, dass das Unternehmen solche Handlungen durchführt, die geeignet sind, die öffentliche Aufgabe zu erreichen, auch wenn sie schlussendlich nicht zum Erfolg führen. Die Gemeindeordnungen sprechen insofern auch nur davon, dass der öffentliche Zweck das Unternehmen „rechtfertigen“ oder „erfordern“ müsse, nicht aber dass er auch tatsächlich zu erreichen ist.

erst hineinlesen müsste. Freilich hängt die Effektivität der Betätigungskontrolle davon ab, dass der öffentliche Zweck resp. die öffentliche Aufgabe möglichst konkret in der Unternehmenssatzung oder im Gesellschaftsvertrag bei privaten Organisationsformen formuliert wird<sup>475</sup>. Grobmaschige Formulierungen lassen nicht nur Zweifel daran aufkommen, dass das Verbot der ausschließlich erwerbswirtschaftlichen Betätigung beachtet wird, sondern verwässern auch die notwendige Kontrolle. Darauf, wie genau diese Kontrolle auszusehen hat und wer die kontrollierenden Instanzen und Organe sind, wird später genauer eingegangen<sup>476</sup>. Mit Blick auf die verschiedenen Organisationsformen lässt sich zwar nicht sagen, dass ein bestimmtes Rechtskleid den eingeschriebenen jeweiligen Zweck besser erfüllt als eine andere, wohl aber lässt sich bei den privaten Formen hier schon einmal anmerken, dass die Zweckverfolgung aufgrund der Selbständigkeit und Auskoppelung aus der Verwaltung gefährdet erscheint und daher der Anreiz besteht, sich vom zunächst verfolgten öffentlichen Zweck zugunsten privatwirtschaftlicher (Gewinn-)Interessen abzuwenden. Der Kommune und der Aufsicht stehen insofern keine unmittelbaren Eingriffsrechte zur Verfügung, die bei einer Veränderung des Unternehmenszwecks zeitnah aktualisiert werden können.

## **b. Leistungsfähigkeit**

Gemäß § 71 Abs. 2 Nr. 2 ThürKO muss das kommunale Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stehen. Damit wird die sogenannte Leistungsfähigkeitsklausel angesprochen, welche sich so auch in anderen Gemeindeordnungen findet. Die Leistungsfähigkeitsklausel stellt eine einfachgesetzliche Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar<sup>477</sup>. Sie soll die Gemeinde vor einer Überforderung ihrer Verwaltungs- und Finanzkraft bewahren<sup>478</sup>. Es handelt sich bei ihr um eine „haushaltsrechtliche Selbstverständlichkeit“<sup>479</sup>. Erforderlich ist eine Ermittlung der durch das Unternehmen hervorgerufenen wirtschaftlichen (Haftungs-)Risiken für die Gemeinde<sup>480</sup>. Der Verweis auf den voraussichtli-

<sup>475</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 130. Bei öffentlich-rechtlichen Rechtsgewändern besteht diese Notwendigkeit zwar prinzipiell auch, indes reichen die Ingerenzmöglichkeiten der Kommune und der Kommunalaufsicht wesentlich weiter, sodass einer Entfernung vom öffentlichen Zweck wirksam begegnet werden kann. Kapitel 4 III. 2. b.

<sup>476</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 13.

<sup>477</sup> Brünig, NVwZ 2015, 689 (692); Shirvani, NVwZ 2014, 1185 (1187); Uechtritz/Otting/Olgemoeller, in: H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen, § 6 Rn. 76.

<sup>478</sup> Ronellenfitsch, in: H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen, § 4 Rn. 13.

<sup>479</sup> Shirvani, NVwZ 2014, 1185 (1187); Rautenberg, KommJur 2007, 1 (2). Aus diesem Grund ist für die Gründung von oder die Beteiligung an privaten Gesellschaften vorgesehen, dass ihre Haftung auf einen angemessenen Be-

chen Bedarf in der Gemeinde soll vor einer dauerhaften Überdimensionierung<sup>481</sup> des kommunalen Unternehmens abhalten<sup>482</sup>. Diese Kauteler verbietet es, den Betrieb so zu strukturieren, dass dieser nur unter Aufnahme von Annextätigkeiten wirtschaftlich zu arbeiten vermag. Fraglich ist, ob auch vorübergehend freiwerdende Kapazitäten einen Verstoß gegen die Bedarfsklausel zeitigen können: Diese Kapazitäten können sicherlich mittels Aufnahme sogenannter Randnutzungen überbrückt werden. Zweifelhaft bleibt indes, ob die Gemeinde zur Umstrukturierung ihres Unternehmens verpflichtet ist, wenn sich eine Perpetuierung der Nichtauslastung des Betriebs abzeichnet. Mit Blick auf die Formulierung in einigen Gemeindeordnungen, welche nur die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung (nicht aber Betätigung) eines gemeindlichen Unternehmens zum Anknüpfungspunkt für die Schrankentrias machen, wird man wohl annehmen müssen, dass allein die anfängliche Überkonzeptionierung als unzulässig zu erachten ist, wird doch nur eine Relation zum „voraussichtlichen“ Bedarf hergestellt. Eine „Rückbauverpflichtung“ hätte allenfalls einer Wendung entnommen werden können, die die Wirtschaftstätigkeit vom „tatsächlichen“ Bedarf abhängig macht. Der Zeitpunkt für das Vorliegen der Leistungsfähigkeit und der Erfüllung des tatsächlichen Bedarfs bestimmt sich also unabhängig von demjenigen des Vorliegens des öffentlichen Zwecks, welcher sich grundrechtlich herleitete: Wegen der Grundrechtsrelevanz kommunaler Wirtschaftstätigkeit muss während der gesamten Dauer des Bestehens und Agierens des Unternehmens am Markt ein rechtfertigender öffentlicher Zweck verfolgt werden, gleich ob die Gemeindeordnungen von vornherein die Zulässigkeitsprüfung an die Betätigung des Unternehmens im Allgemeinen, gleich ob sie an die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung anknüpfen.

### **c. Subsidiaritätsklausel**

#### **aa. Allgemeines**

In Thüringen ist die Subsidiaritätsklausel qualifiziert ausgestaltet, § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO. Der öffentliche Zweck darf danach nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch die Privatwirtschaft erfüllt werden können. Eine Rückausnahme wird für den Bereich der kommunalen Da-

---

trag begrenzt sein muss und die übernommenen Verpflichtungen in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen, vgl. § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 5 ThürKO.

Gleiches gilt für eine Unterdimensionierung. Relevanz hat diese Fragestellung vor allem für Zulassungsansprüche betreffend solche Unternehmen, die zugleich als kommunale Einrichtungen anzusehen sind.

Brüning, NVwZ 2015, 689 (692); die Bedarfsklausel fehlt in Nordrhein-Westfalen: § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW.

seinsvorsorge gemacht, in welchem die Subsidiaritätsklausel keine Geltung beansprucht, § 71 Abs. 2 Nr. 4 S. 2 ThürKO.

Von einer einfachen oder unechten Subsidiaritätsklausel wird gesprochen, wenn lediglich die Bedingung aufgestellt wird, dass ein anderer die Leistung besser oder wirtschaftlicher anzubieten vermag als die Gemeinde. Die „strenge“, „echte“ oder „qualifizierte“ Klausel fordert hingegen, dass kein anderer die Leistung ebenso gut und wirtschaftlich erbringen kann. Teilweise sehen die Gemeindeordnungen Privilegierungen für bestimmte Aufgaben oder Sektoren vor<sup>483</sup>, sehen dort von einer Prüfung der Klausel ab.

Das Merkmal der „gleich guten“ oder „besseren“ Leistungserbringung fasst Qualitätsstandards ins Auge einschließlich sozialer, arbeitsmarkt-<sup>484</sup> und umweltpolitischer Aspekte. Der Wirtschaftlichkeitsbestandteil der Klausel ist angesichts der örtlichen Beziehung der unternehmerischen Betätigung als Bestandteil der Selbstverwaltungsgarantie nicht vollends greifbar, sondern hat sich an Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten und daran zu orientieren, was für die Entgeltkalkulation von Bedeutung sein kann<sup>485</sup>.

Diese Klausel – je nach Ausgestaltung – wird auch als „Stellschraube“ für Privatisierungs- und Republizierungsprozesse bezeichnet in dem Sinne, dass sich die Rekommunalisierung einfacher vollziehen lasse, wenn man von einer echten zu einer unechten Subsidiaritätsklausel wechsele<sup>486</sup>. Es soll ein Ausgleich zwischen kommunalen und privatwirtschaftlichen Interessen geschaffen werden: Zum einen soll die Privatwirtschaft von ihren grundrechtlichen Freiheiten – möglichst frei von staatlichen Interventionen – Gebrauch machen können, zum anderen sollen die Bedürfnisse der Bürger zu sozial akzeptablen Bedingungen befriedigt werden<sup>487</sup>.

Der Leistungserbringungsvergleich erfordert, dass man Wirtschaftlichkeit und Güte der erbrachten Leistung durch die öffentliche Hand und durch die Privatwirtschaft in Beziehung setzt<sup>488</sup>. Als Vergleichsmethode ist in einigen Gemeindeordnungen ein sogenanntes Markterkundungsverfahren vorgesehen<sup>489</sup>. Einzubeziehen sind dabei die wirtschaftlichen Folgen für die Gemeinde, welche von dem kommunalen Unternehmen ausgehen, aber auch seine Chancen und Potenziale. Auch sind die Auswirkungen zu berücksichtigen, die das Unternehmen für die Privatwirtschaft hat sowie die Bedarfe und die Ansprüche der Nachfrager/der Kun-

<sup>483</sup> § 136 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NKomVG; § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NRW; § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO Rh.-Pf.; § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO.

<sup>484</sup> Rautenberg, KommJur 2007, 1 (3).

<sup>485</sup> Vgl. Rautenberg, KommJur 2007, 1 (3).

<sup>486</sup> Bauer, in: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 24 ff.

<sup>487</sup> Pogoda, LKV 2012, 159.

<sup>488</sup> Pogoda, LKV 2012, 159.

<sup>489</sup> § 71 Abs. 2 Nr. 4 S. 3 ThürKO; § 92 Abs. 3 BbgKVerf.

den<sup>490</sup>. Es nützt wenig, wenn Private die Leistung zwar in gleicher oder besserer Qualität anbieten können, dies aber nur zu Bedingungen und zu Preisen, welche die Bürger ihrerseits nicht oder nicht vollständig bezahlen können.

Der Darlegungs- und Beweislast wird bei der echten Subsidiaritätsklausel umgekehrt, schützt damit die Privatwirtschaft vor ausufernder gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit besser als die einfache Ausgestaltung dieser Klausel<sup>491</sup>.

Außerdem ist der Frage nachzugehen, die sich jeweils für die Zweck- und Leistungsfähigkeitsklausel separat stellt, wann bzw. bis zu welchem Zeitpunkt die Gemeinde verpflichtet ist, nachzuweisen, dass sie den Erfordernissen der Subsidiaritätsklausel genügt. In Abhängigkeit davon, ob die Gemeindeordnungen an die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung des Unternehmens oder an die Aufnahme der wirtschaftliche Betätigung anknüpfen, wird man den Zeitraum bestimmen müssen, in welchem die Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsvergleiche durchzuführen sind<sup>492</sup>. Denn jeweils erst ab diesem Zeitpunkt aktualisieren sich die Schutzzwecke der Subsidiaritätsklausel.

Nicht zu folgen ist der Ansicht, nach welcher sich die Steuerungsrichtungen der Subsidiaritätsklausel mit der Kautele des öffentlichen Zwecks decken<sup>493</sup>. Dies wird mit dem Topos versucht zu begründen, dass es keinem öffentlichen Zweck entsprechen könne, wenn die fragliche Leistung oder das betreffende Gut ebenso gut oder besser und wirtschaftlicher durch einen anderen angeboten werden kann<sup>494</sup>, denn das Erfordernis des öffentlichen Zwecks ergebe sich aus der (potentiellen) Grundrechtstangierung privater Wettbewerber.

Hiergegen spricht, dass ein verfassungsrechtlich begründetes Subsidiaritätsprinzip jedoch nicht existiert<sup>495</sup>. Sonst müsste man annehmen, dass sich Subsidiaritäts- und Zweckklausel weitestgehend decken. Dies wiederum würde dazu führen, dass die Gemeindeordnungen einen Drittschutz stipulieren, gleich ob die Subsidiaritätsklausel einfach oder verschärft ausgestaltet ist. In der Regel wird aber nur bei qualifizierter Ausgestaltung der Klausel davon ausgegangen, dass sie Drittschutz entfaltet<sup>496</sup>, im Übrigen handele es sich bei ihr aber nur um In-

---

<sup>490</sup> Pogoda, LKV 2012, 159 (160).

<sup>491</sup> Berghäuser/Gelbe, KommJur 2012, 47; Roling, NVwZ 2009, 226 (227).

<sup>492</sup> Vgl. Pogoda, LKV 2012, 159 (161).

<sup>493</sup> Badura, DÖV 1998, 818 (821 f.).

<sup>494</sup> Badura, DÖV 1998, 818 (822).

<sup>495</sup> Ipsen, NJW 1963, 2102 (2107 f.), der eine Subsidiarität staatlichen Wirtschaftens aus den Grundrechten herleitet.  
<sup>496</sup> Baden-württembergische LT-Drs. 13/4767, S. 9; OVG Koblenz NVwZ 2000, 801; VGH Mannheim NVwZ-RR 2006, 714; siehe nunmehr ausdrücklich § 121 Abs. 1b HGO; § 136 Abs. 1 S. 3 NKomVG; a.A. VGH München, Urt. v. 23.07.1976 – 32 V 75 - juris. In Sachsen, in welchem noch eine einfache Subsidiaritätsklausel vorhanden ist, hat der Gesetzgeber betont, dass die Klausel dem Schutz privater Dritter zu dienen bestimmt ist: Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des Sächsischen Wassergesetzes v. 04.03.2003, GVBl. S. 158.



nenrecht, welches die Kommune zu disziplinieren sucht<sup>497</sup>. Auch der Bezug zur Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung macht deutlich, dass die Subsidiaritätsklausel in ihrer Schutzrichtung auch haushaltsrechtliche Aspekte einbezieht und damit über die der Zweckklausel hinausragt.

### **bb. Bedeutung für Wahl der Organisationsform**

Die Gemeinden müssen bei der Begründung der Zulässigkeit ihrer wirtschaftlichen Betätigung und der Beachtung der Subsidiaritätsklausel die jeweilige Organisationsform miteinbeziehen. Die Eigen- oder Regiebetriebsform kann wegen ihrer vollständigen oder teilweisen Unselbständigkeit wirtschaftliche Nachteile nach sich ziehen bzw. kostenintensiver sein als die Kapitalgesellschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts.

Was nun die Organisationsformen gemeindlicher Unternehmen betrifft, ist fraglich, ob die privaten Rechtskleider aufgrund ihrer Eigenverantwortlichkeit und Selbständigkeit – und der dadurch bedingten Loslösung von kommunalen und verwaltungstechnischen Einflussnahmen – besser und wirtschaftlicher agieren können. Nicht selten wird behauptet, (nur) diese Organisationsformen gewährleiste ein betriebswirtschaftliches Auftreten am Markt, wohingegen die öffentlich-rechtlichen Gebilde wegen ihrer engen Verknüpfung mit der Verwaltung dies nicht gleichermaßen zu leisten vermögen<sup>498</sup>. Doch wird zurecht darauf hingewiesen, dass ein möglicher Gewinn an Wirtschaftlichkeit bei der Wahl der Kapitalgesellschaftsform gegenüber der Wahl der Eigen- oder Regiebetriebsform mehr auf den Umstand zurückzuführen sei, dass Gesellschaften über mehr Autonomie und eigene Entscheidungsspielräume verfügten und daher auf sich verändernde Gegebenheiten des Marktes schneller und flexibler reagieren könnten<sup>499</sup>. Das verleitet zu der Annahme, dass auch öffentlich-rechtliche Organisationsformen, sofern sie denn über eine gewisse Selbständigkeit verfügen, ebenso in der Lage sind, wirtschaftlich zu agieren.

### **d. Eignung zur Erledigung außerhalb der allgemeinen Verwaltung**

Wenige Gemeindeordnungen sehen als zusätzliche Kautele, als Einschränkung der Auslagerung, die Bedingung vor, dass Aufgaben außerhalb der Kernverwaltung ausgegliedert wahr-

<sup>497</sup> Vgl. *Roling*, NVwZ 2009, 226 (227).

<sup>498</sup> *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 (2562); *Grundlach*, LKV 2000, 58.

<sup>499</sup> *Gersdorf*, Öffentliche Unternehmen, S. 512.

genommen werden dürfen, wenn sie sich hierfür auch tatsächlich eignen<sup>500</sup>. In praxi dürfte die Bedeutung der Norm gering sein und wenig Selektionskraft besitzen, denn warum sollte sich die Gemeinde dafür entscheiden, eine Aufgabe außerhalb der allgemeinen Verwaltung zu erfüllen, obwohl ihr dies nur in der Kernverwaltung gelingen kann? Das Merkmal soll damit nur verhindern, dass die kommunale Verwaltung nicht jegliche Substanz verliert<sup>501</sup>

#### **e. Örtlichkeitsprinzip**

Nicht nur verfassungs-, sondern auch einfachrechtlich<sup>502</sup> verankert ist das Örtlichkeitsprinzip, das das Wirkfeld der Gemeinden auf ihr Gebiet begrenzt. Nach Teilen der Lehre gilt dieser Grundsatz nicht für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden<sup>503</sup>. Denn aus Judikaten verschiedener Gerichte, ergebe sich, dass die maßgeblichen einfachgesetzlichen Normen – ebenso wie Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG – Fragen der Verbandskompetenz beantworten, welche wiederum das Verhältnis der Aufgabenverteilung zwischen Hoheitsträgern betreffe. Das bedeute, das Örtlichkeitsprinzip gelte uneingeschränkt nur für den hoheitlichen Bereich, nicht aber für sonstiges Staatshandeln. Im Bereich der Wirtschaftstätigkeit bedürfe es aber keiner Kompetenzabgrenzung der verschiedenen Verwaltungsträger, diese könnten auch nebeneinander agieren.

Gegen diese Ansicht spricht indes, dass auch kommunale Unternehmen hoheitlich agieren können, es sich also nicht nur um sonstiges Verwaltungshandeln handelt. Außerdem birgt eine gebietsübergreifende wirtschaftliche Betätigung die Gefahr, die zur eigenverantwortlichen Aufgabenerledigung durchgeführte Wirtschaftstätigkeit einer anderen Kommune zu unterlaufen, mithin in ihr Selbstverwaltungsrecht einzugreifen. Die Selbstverwaltungsgarantie gewährleistet nicht nur die grundsätzlich ungehinderte und in eigene Verantwortung gestellte Erledigung von Gemeindeangelegenheiten, sondern auch einen Schutz vor Übergriffen einer Gemeinde auf den Wirkkreis einer anderen. Etwas anderes gilt für eine Kooperation mehrerer Gemeinden. Die beteiligten Kommunen erklären sich nämlich hier einverstanden, dass auch andere Hoheitsträger in den eigenen Hoheitsbereich hineinwirken. Das jeweilige Selbstbestimmungsrecht wird dann nicht tangiert.

Bei jeder wirtschaftlichen Betätigung haben die Gemeinden folglich grundsätzlich das Örtlichkeitsprinzip zu beachten, können aber durchaus über die Gemeindegrenzen hinweg tätig

<sup>500</sup> Art. 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BayGO, § 71 Abs. 2 Nr. 3 ThürKO.

<sup>501</sup> *Schlacke*, JA 2002, 48 (51).

<sup>502</sup> § 1 Abs. 2, 3 ThürKO.

<sup>503</sup> *Moraing*, WiVerw 1998, 233 (244 f.); vgl. *Braun*, SächsVBl. 1999, 25 (29 f.).

werden, wenn sie sich mit anderen Gemeinden im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit zusammenschließen.

#### **4. Haushaltswirtschaft**

§ 53 Abs. 2 S. 1 ThürKO verpflichtet die Gemeinde bei der Haushaltswirtschaft, die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu beachten. Diese Maximen sind bei allen finanzwirksamen gemeindlichen Aktivitäten, also auch bei kommunalwirtschaftlichen Betätigungen, zu respektieren<sup>504</sup>. Es handelt sich hierbei um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Beachtung von den Gerichten und Aufsichtsbehörden überprüft werden kann<sup>505</sup>.

„Sparsam“ handelt die Gemeinde, wenn sie ihre Ausgaben möglichst gering hält und die Übernahme vermeidbarer Aufgaben unterlässt<sup>506</sup>. Der Mitteleinsatz soll auf das unbedingt Erforderliche beschränkt werden<sup>507</sup>.

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip deutet auf eine Optimierung der Zweck-Mittel-Relation hin, die Verwaltungsaufgaben sollen möglichst Kosten sparend erledigt werden<sup>508</sup>. Dieses Prinzip dirigiert denn auch das Ermessen der Gemeinde bei der Wahl der unternehmerischen Organisationsform. Dabei gilt es, entweder den möglichst größten Nutzen unter Einsatz möglichst weniger Mittel (Minimalprinzip) oder unter Einsatz einer begrenzten Zahl von Mitteln den größten Erfolg (Maximalprinzip) zu erreichen<sup>509</sup>.

Der in den einfachgesetzlichen Normen zugleich genannte Begriff der Sparsamkeit ist – relativ verstanden<sup>510</sup> – eine Unterkategorie des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes in Form des Minimalprinzips<sup>511</sup>. Für mit öffentlichen Unternehmen wahrzunehmende Aufgaben bedeutet dies, diese so zu erfüllen, dass der ihnen eingeschriebene öffentliche Zweck unter Anwendung möglichst weniger Ressourcen erreicht werden kann.

Fraglich ist, ob die Gemeinde im Rahmen ihrer Organisationsentscheidung nur eine solche Rechtsform wählen darf, die dem Gebot der Wirtschaftlichkeit am besten entspricht. Die Gerichte verlangen mitunter, dass Mitteleinsatz und Ertrag in einem **optimalen** Verhältnis zuei-

---

<sup>504</sup> VG Regensburg, Urt. v. 05.12.2013 – RN 5 K 12.1797, Rn. 36 - juris.

<sup>505</sup> VG Sigmaringen, Urt. v. 05.11.2014 – 2 K 521/12, Rn. 30 - juris.

<sup>506</sup> VG Gießen, Urt. v. 08.05.2013 – 8 K 205/12.GI, Rn. 27 - juris.

<sup>507</sup> VG Gießen, Urt. v. 08.05.2013 – 8 K 205/12.GI, Rn. 27 – juris.

<sup>508</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 412 f.

<sup>509</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 413.

<sup>510</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 414 f.

<sup>511</sup> Leibinger/Müller/Wiesner: Öffentliche Finanzwirtschaft, Rn. 317; Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 414 f. m.w.N.; Loitz, Die Prüfung von öffentlichen Unternehmen, S. 200 f.

inander stehen müssen<sup>512</sup>. Dieses Verständnis steht augenscheinlich in Widerspruch zur Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden:

Von einem (Organisations-)Ermessen, von einer eigenen Gestaltungsentscheidung, kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn den Kommunen **im Ergebnis** nur eine bestimmte Rechtsform zur Verfügung steht. Die Aufsichtsbehörden könnten bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit auf die Unwirtschaftlichkeit der von den Gemeinden gewählten Organisationsform hinweisen und zugleich die Wahl der optimaleren Unternehmensform vorschreiben. Aus Respekt vor der Selbstverwaltungsgarantie sollte es aber ausreichen, dass sich das Verhältnis zwischen Einsatz und Ertrag im **Bereich des Vertretbaren** bewegt<sup>513</sup>. Zu diesem Ergebnis gelangen auch die Gerichte, wenn sie dem Begriff der Wirtschaftlichkeit prognostische Elemente mit Wertungsspielräumen beimessen und diesbezüglich eine Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative der Gemeinden anerkennen<sup>514</sup>. Die Aufsichtsbehörden haben dann nur zu prüfen, ob die Kommune alle relevanten Fakten in die Kalkulation aufgenommen hat und „und ob die Abwägung unter Berücksichtigung schätzungsbedingter Toleranzen einer vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtung standhalten, ob die Entscheidung also nachvollziehbar und vertretbar ist“<sup>515</sup>. Durchgeführt wird seitens der Gerichte und Aufsichtsbehörden mithin nur eine **Evidenzkontrolle** dahingehend, ob das Handeln der Kommunen mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin nicht vereinbar ist<sup>516</sup>.

Damit dirigieren die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zwar die Entscheidung der Gemeinden, negieren aber das ihnen aus der Selbstverwaltungsgarantie abzuleitende Vorrecht bei der Wahl der Organisationsform nicht.

## **II. Einnahmebeschaffung nach den Gemeindeordnungen und Kommunalabgabengesetzen**

Aus § 54 Abs. 2 ThürKO ergibt sich ein Vorrang der Beschaffung aus besonderen Entgelten für erbrachte Leistungen (Nr. 1) bei der Erzielung von Einnahmen gegenüber der Steuererhebung<sup>517</sup>.

---

<sup>512</sup> VG Sigmaringen, Urt. v. 05.11.2014 – 2 K 521/12, Rn. 30 - juris.

<sup>513</sup> Kube, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114, IV., Rn. 101.

<sup>514</sup> VG Sigmaringen, Urt. v. 05.11.2014 – 2 K 521/12, Rn. 30 - juris.

<sup>515</sup> VG Sigmaringen, Urt. v. 05.11.2014 – 2 K 521/12, Rn. 30 - juris.

<sup>516</sup> VG Sigmaringen, Urt. v. 05.11.2014 – 2 K 521/12, Rn. 30 - juris; VG Gießen, Urt. v. 8.5.2013 – 8 K 205/12.GI, Rn. 28 - juris; OVG Münster, Beschl. v. 26.10.1990 – 15 A 1099/87, Rn. 9 ff. – juris.

<sup>517</sup> *Schützenmeister*, LKV 1993, 114 (115).

Öffentlich-rechtliche Einkünfte, welche die Kommunalabgabengesetze regeln, sind Steuern, Gebühren und Beiträge. Im Gegensatz zu Steuern stellen Gebühren und Beiträge Gegenleistungen dar, haben also Entgeltcharakter<sup>518</sup>. Derartige Abgaben (§ 1 Abs. 2 ThürKAG) werden aufgrund einer besonderen Satzung erhoben (§ 1 Abs. 1 ThürKAG).

Für die kommunalwirtschaftliche Betätigung hat die Steuererhebungsmöglichkeit keine Relevanz.

Sind kommunale Unternehmen zugleich als öffentliche Einrichtungen<sup>519</sup> einzustufen, können die Gemeinden für die Nutzung dieser Institutionen Benutzungsgebühren<sup>520</sup> erheben, sofern nicht stattdessen ein privatrechtliches Entgelt vereinbart wird<sup>521</sup>. Auch bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses – etwa durch Kommunalsatzung –, ist der Gemeinde nicht verwehrt, ein privatrechtliches Entgelt zu fordern<sup>522</sup>. Dies gilt selbst bei der satzungsrechtlichen Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs, denn hier findet die Zwei-Stufen-Theorie Anwendung: Das „Ob“ – die Frage nach dem Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung – beurteilt sich nach öffentlichem Recht, das Benutzungsverhältnis (die Art und Weise der Leistungserbringung) kann privat- oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein<sup>523</sup>.

Gebühren sind nur Gegenleistungen für den Aufwand des Leistungserbringers<sup>524</sup>. Bei kommunalen Wirtschaftsbetrieben, insbesondere in Form der Eigengesellschaften, konstatiert ein Teil der Literatur, dass die privatrechtlichen Mechanismen der Einnahmebeschaffung überwiegen würden, welche insbesondere von Angebot und Nachfrage abhängig seien<sup>525</sup>. Dieser Befund lässt vermuten, dass die Verbraucher bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses – wegen der Bemessung der Gebührenhöhe in Abhängigkeit von den getätigten Aufwendungen weniger bezahlen müssen als bei den privatwirtschaftlichen Formen. Allerdings sehen die Kommunalabgabenordnungen vor, dass wirtschaftliche Unternehmen einen Ertrag für den gemeindlichen Haushalt abwerfen sollen<sup>526</sup>. Gewinnerzielung ist damit nicht ausgeschlossen, was bei der Gebührenkalkulation durchaus in praxi berücksichtigt

---

<sup>518</sup> *Schützenmeister*, LKV 1993, 114 (115).

<sup>519</sup> Siehe § 14 Abs. 1 ThürKO und § 12 Abs. 2 S. 2 ThürKAG.

<sup>520</sup> § 12 ThürKAG.

<sup>521</sup> *Schützenmeister*, LKV 1993, 114 (116).

<sup>522</sup> Siehe § 12 Abs. 1 S. 2 ThürKAG, was sich aus der Wendung „soweit nicht ein privatrechtliches Entgelt gefordert wird“ ergibt.

<sup>523</sup> BVerwG NVwZ 2005, 1072 (1073); *Hüting/Koch*, LKV 1999, 132 (134).

<sup>524</sup> OVG Schleswig NVwZ 2000, 102.

<sup>525</sup> *Schützenmeister*, LKV 1993, 114 (117).

<sup>526</sup> § 12 Abs. 2 S. 2 ThürKAG, sofern denn kein Benutzungszwang besteht (§ 12 Abs. 2 S. 3 ThürKAG).

wird. Die Möglichkeit, Gebühren als öffentlich-rechtliche Form der Einnahmeerzielung unmittelbar durch das Unternehmen zu erheben, besteht allerdings nur bei der Wahl einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform. Zwar kann etwa auch ein Anschluss- und Benutzungszwang zugunsten privater Rechtskleider bzw. zugunsten privater Unternehmer, welche im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung<sup>527</sup> seitens der Gemeinde eingeschaltet werden, angeordnet werden, doch sind diese Unternehmen in Kapitalgesellschaftsform dann nur Erfüllungshelfen des Verwaltungsträgers. Das heißt, bei einseitig hoheitlichem Handeln im Rahmen von Gebührenerhebungen oder bei der Anordnung des Anschluss- und Benutzungszwangs muss immer die Kommune zwischengeschaltet werden<sup>528</sup>. Der Aufwand des privatorganisierten Unternehmens wird also von den Kommunen erstattet<sup>529</sup>. Etwas anderes gilt freilich für Fälle der Pflichtenprivatisierung<sup>530</sup> oder Beleihung<sup>531</sup>.

Grundsätzlich aber lässt sich festhalten, dass die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen mit ihren hoheitlichen Handlungsbefugnissen der Kommune mehr Sicherheit bieten, sich aus Gegenleistungen für die von ihnen erbrachten Leistungen zu finanzieren: Bei privatrechtlicher Ausgestaltung besteht immer ein Ausfallrisiko aufgrund der schlichten Weigerung der Verbraucher, das vereinbarte Entgelt zu entrichten<sup>532</sup>. Der kommunale Vertragspartner wäre also zunächst auf den Zivilrechtsweg verwiesen, müsste Leistungsklage erheben. Die Gebührenerhebung mittels Verwaltungsakt in Form eines Leistungsbescheids stellt hingegen einen **Titel** dar, aus dem vollstreckt werden kann. Der Umweg über die Erhebung einer Klage ist also nicht notwendig.

### III. Fachrecht

Ein Gesetz, welches die Stellung, Ausgestaltung und Struktur öffentlicher Unternehmen allgemein regelt, existiert nicht, stattdessen gibt es vereinzelt Statusgesetze besonderer Unternehmen wie etwa das BBankG oder diverse Landesgesetze betreffend Lotterien, Glücksspiel und Spielbanken, Kredit- und Versicherungsanstalten<sup>533</sup>. Für die Sparkassen bestimmen die

---

<sup>527</sup> Im Rahmen einer funktionalen oder Organisationsprivatisierung: *Pielow/Finger*, JURA 2007, 189 (191 f.).  
<sup>528</sup> *Kronawitter*, KommJur 2008, 401 (404); *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (392); *Burgi*, NVwZ 2001, 601 (606).  
<sup>529</sup> Vgl. OVG Greifswald, Urt. v. 07.11.1996 – 4 K 11/96 – juris.  
<sup>530</sup> Dazu: *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (392).  
<sup>531</sup> Vgl. zur Befugnis eines Beliehenen zur Kostenerhebung und –festsetzung via Leistungsbescheid: OVG Magdeburg LKV 2009, 329 ff.  
<sup>532</sup> *Hüting/Koch*, LKV 1999, 132 f.  
<sup>533</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 20.

entsprechenden Landesgesetze, dass sie in der Form einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts geführt werden<sup>534</sup>.

Im Übrigen sind aus dem für die jeweils wahrgenommene Aufgabe anwendbaren Fachrecht Vorgaben für die Ausgestaltung der öffentlichen Unternehmen zu deduzieren, wenn sie nicht schon explizit besondere Vorgaben für öffentliche Unternehmen enthalten. So müssen etwa Abfallentsorgungsunternehmen den besonderen Anforderungen des Abfallrechts und Stadtwerke denen des Energieversorgungsrechts gerecht werden. Gerade bei sich häufig ändernden (meist europarechtlich determinierten) Umweltstandards bedarf es solcher Unternehmensformen, die sich flexibel anpassen können.

#### **IV. Gesellschaftsrecht**

Auf die kommunalen Unternehmen in Kapitalgesellschaftsform findet auch das in Bundeskompetenz erlassene Gesellschaftsrecht Anwendung. In praxi interessierende Unternehmensformen sind – wegen ihrer beschränkten Haftung – die AG und GmbH. Diesbezüglich treffen das AktG und das GmbHG Regelungen zu Aufbau, Organen, ihren Kompetenzen und Zuständigkeiten, der Unternehmensverfassung und Rechtsstellung der jeweiligen Kapitalgesellschaft.

In diesem Zusammenhang wird in der Literatur immer wieder das Problem eines möglichen Konflikts zwischen bundesgesetzlichem Gesellschafts- und dem auf Landesebene erlassenen Kommunalrecht thematisiert. Die Verfolgung des öffentlichen Zwecks – sowohl verfassungs- als auch kommunalrechtlich gefordert – muss bei öffentlichen Unternehmen gesichert sein. Bei öffentlich-rechtlichem Rechtskleid ist dies unschwer möglich, in welchem die in die Unternehmensorgane entsandten kommunalen Vertreter angewiesen werden können, bestimmte Unternehmensentscheidungen im Sinne der Kommune zu treffen. Einige Kommunalordnungen sehen daher auch Weisungsrechte gegenüber ihren Vertretern vor, welche als Mitglieder der Organe der Kapitalgesellschaften handeln<sup>535</sup>.

Die meisten Kommunalordnungen wurden mittlerweile überarbeitet. Die vorbehaltlose Einräumung von Weisungsrechten gegenüber Mitgliedern unabhängiger Kapitalgesellschafts-

---

<sup>534</sup> Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 43 Rn. 19.

<sup>535</sup> Bsp.: § 97 Abs. 1 S. 6 BbgKVerf; § 125 Abs. 1 S. 4 Hs. 1 HGO; § 71 Abs. 1 S. 5 Hs. 1 KV M-V; § 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW; § 131 Abs. 1 S. 5 Hs. 1 KVG LSA.

gane hat hierdurch abgenommen<sup>536</sup>. Dennoch soll auf den in der Literatur breit diskutierten Streit betreffend diese Weisungsrechte eingegangen werden. Dies soll zum einen vor dem Hintergrund einer möglichen Änderung der Gemeindeordnungen zurück zur Normierung einer Weisungsklausel geschehen, zum anderen soll aufgezeigt werden, dass Weisungsrechte auch dann nicht eigenmächtig und von der jeweiligen Gemeinde initiiert in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden können, wenn die Gemeindeordnung zur Zulässigkeit von Weisungen keine Aussage trifft.

Nach den § 111 Abs. 5 und §§ 116, 93 AktG – ggf. in Verbindung mit § 52 Abs. 1 GmbHG – sind Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet<sup>537</sup>, mithin weisungsunabhängig. Die im Schrifttum aufgeworfene Frage, welchem Recht der Vorrang gebührt, wird mitunter von den Gemeindeordnungen selbst beantwortet, indem diese die Anordnungen von Weisungsrechten unter den Vorbehalt des Gesellschaftsrechts stellen<sup>538</sup>.

§ 113 Abs. 1 S. 2 GO NRW ordnet an, dass die Vertreter im Aufsichtsrat an Beschlüsse seiner Ausschüsse gebunden sind, dies gilt nach S. 4 jedoch nur vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen. Das BVerwG sieht eine solche anders lautende Vorgabe in § 52 Abs. 1 GmbHG im Falle eines für eine GmbHG fakultativ bestellten Aufsichtsrats<sup>539</sup>. Nach dieser Vorschrift werden bestimmte Regelungen des AktG für entsprechend anwendbar erklärt, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt etwas anderes. Aus § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. §§ 111 Abs. 1, 5, 116, 93 AktG ergibt sich dann die grundsätzliche Weisungsungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder.

## **1. Anwendung der Kollisionsregel des Art. 31 GG**

Aber auch ohne die ausdrückliche Rückausnahme in den Gemeindeordnungen verdrängen die Vorschriften des Gesellschaftsrechts wegen Art. 31 GG kommunalrechtliche Vorgaben, wel-

---

<sup>536</sup> Anders aber § 97 Abs. 1 S. 6 BbgKVerf; § 104 Abs. 1 S. 3 GO BW; § 88 Abs. 1 S. 6 GO Rh.-Pf.; § 98 Abs. 1 S. 6 SächsGO.

<sup>537</sup> Gleiches gilt für die Mitglieder des Vorstandes einer AG. Im Folgenden wird jedoch auf die Aufsichtsratsmitglieder eingegangen, da ein Aufsichtsrat sowohl in einer AG als auch in einer GmbH existiert bzw. existieren kann. In einer GmbH ist dieser grundsätzlich fakultativ – insofern ist dann § 52 GmbHG anwendbar. Bei Überschreitung einer bestimmten Arbeitnehmerzahl ist die Bestellung eines Aufsichtsrats jedoch obligatorisch, was sich aus den §§ 6, 25 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG ergibt und die Anwendung des AktG bedingt. Dazu: *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339 (340).

<sup>538</sup> § 125 Abs. 1 S. 4 Hs. 2 HGO; § 71 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 KV M-V; § 113 Abs. 1 S. 4 GO NRW; § 131 Abs. 1 S. 5 Hs. 2 KVG LSA.

<sup>539</sup> BVerwG NVwZ 2011, 3735 (3736).



che zwingend Weisungsrechte gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern stipulieren<sup>540</sup>. Nach dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe bricht Bundes- entgegenstehendes Landesrecht<sup>541</sup>. Nach entgegenstehender Auffassung in der Literatur ist Art. 31 GG nicht anwendbar, da diese Kollisionsregel einen Sachverhalt verlange, der vom Bundes- und Landesrechts gleichermaßen erfasst sei. Die Zielsetzungen beider Normgebiete müssen gleich sein. Das Gesellschaftsrecht stelle aber die landesrechtliche Regelung nicht in Frage. Es regele auch die Wahrung kommunaler Interessen in den Gremien der Gesellschaft<sup>542</sup>.

Dagegen spricht, dass das Gesellschaftsrecht – gerade was die Frage der Weisungsungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder betrifft – zum Ausdruck bringt, dass Organmitglieder dem Unternehmensinteresse<sup>543</sup> verpflichtet sind. Die Wahrung kommunaler Interessen ist demgegenüber nachrangig bzw. nach den Gesellschaftsgesetzen sogar ohne Belang.

Der die Anwendbarkeit von Art. 31 GG verneinende Teil der Literatur versucht somit seine Argumentation darauf zu stützen, es handele sich nicht um denselben Sachverhalt. Denn das Gesellschaftsrecht behandle privates Kooperationsrecht und folge einer anderen Tradition als das Kommunalrecht. Die Wertungswidersprüche beider Rechtsgebiete resultierten aus den verfassungsnormativen Anforderungen, denen das Kommunalrecht sucht zu genügen, indem es den öffentlichen Zweck zur Voraussetzung der wirtschaftlichen Betätigung erkläre<sup>544</sup>.

Normwidersprüche seien im Wege verfassungskonformer Auslegung aufzulösen<sup>545</sup>.

Mögen die unterschiedlichen Rechtsgebiete auch aus unterschiedlichen Motivationen der Gesetzgeber entstanden sein, also einem jeweils anderen Gesetzgebungshintergrund folgen, so ändert dies doch nichts daran, dass es sich um einen gleich bleibenden Sachverhalt handelt, wenn es um Fragen der Stellung der Aufsichtsratsmitglieder und ihre Unabhängigkeit geht. Aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere wegen der aus dem Gebot demokratischer Legitimation vorzusehenden Steuerungsmöglichkeiten, wäre die kommunalrechtliche Festsetzung von Weisungsrechten zwar geboten, doch ändert dies nichts daran, dass das Gesellschaftsrecht genau dies verbietet. Art. 31 GG findet folglich Anwendung.

---

<sup>540</sup> Mühl-Jäckel, in: Bauer/Büchner/Hajasch: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 42; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 136 f.

<sup>541</sup> Vgl. Schwintowski, NJW 1990, 1009 (1013).

<sup>542</sup> Grams, LKV 1997, 397 (400).

<sup>543</sup> BGHZ 36, 296 (396); Mühl-Jäckel, in: Bauer/Büchner/Hajasch: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 43.

<sup>544</sup> v. Danwitz, AöR 120 (1995), 595 (612).

<sup>545</sup> v. Danwitz, AöR 120 (1995), 595 (612 f.); vgl. Schröder, LKV 2007, 207 (209).

## 2. Verfassungskonforme Auslegung?

Der Weg einer verfassungskonformen Auslegung des Gesellschaftsrechts kann nicht beschritten werden. Voraussetzung wäre nämlich, dass das private Kooperationsrecht mehreren Deutungsvarianten zugänglich ist, von denen eine grundgesetzlichen Vorgaben widerspricht, mindestens eine andere aber mit der Verfassung in Einklang steht. Das ist indes nicht der Fall. Die hier relevanten Normen sind für sich mit der Verfassung vereinbar. Zum einen dient es legitimen Zwecken: Das Gesellschaftsrecht, welches die Weisungsungebundenheit von (Vorstands- und) Aufsichtsratsmitgliedern stipuliert, dient der Verwirklichung und dem Schutz grundgesetzlicher Freiheiten, soll sicherstellen, dass dem Unternehmensinteresse gefolgt wird und private Anteilseigner nicht diskriminiert werden<sup>546</sup>. Zum anderen bietet es Spielraum dafür, dass sich die Gemeinde im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben verhält. Betätigt sich die Kommune wirtschaftlich, müssen Rahmen und Art ihrer Handlung verfassungsgemäß sein. Den speziellen rechtlichen Rahmen hierfür steckt das Kommunalrecht ab. Dieses erlaubt den Gemeinden derzeit die Wahl der Kapitalgesellschaftsform, das Gesellschaftsrecht ist daher wegen des „Verweises“ auf diese juristischen Personen von der Kommune vorrangig zu beachten. Praktische Konsequenz eines Vorrangs des Gesellschaftsrechts ist jedoch, dass hierdurch die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks und eine entsprechende – vor allem effektive - Steuerung der Gesellschaft und der Unternehmensführung zweifelhaft werden. Die Kommune muss sich daher – wenn und weil sie sich in der Regel Weisungsrechte nicht vorbehalten kann – andere Ingerenzrechte ausbedingen, um die Gesellschaft im kommunalen Interesse am Markt auftreten zu lassen. Zumindest beim fakultativ bestellten Aufsichtsrat einer GmbH lassen sich Weisungsrechte vorsehen, indem die aktienrechtlichen Regelungen im Einzelnen und ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag für nicht anwendbar erklärt werden<sup>547</sup>. Daher lässt sich auch einigen Gemeindeordnungen ein Vorrang der GmbH- vor der AG-Form entnehmen<sup>548</sup>.

Eine Organisationsprivatisierung birgt also die Gefahr des Verlusts an Einflussnahme auf die Geschicke des Unternehmens zulasten kommunaler Interessen<sup>549</sup>. Es sind daher die Kommu-

---

<sup>546</sup> Vgl. *Kiethe*, NZG 2006, 45 (48).

<sup>547</sup> BVerwG NVwZ 2011, 3735 (3736): Ein bloß pauschaler Verweis auf die Nichtanwendung der in § 52 Abs. 1 GmbHG genannten Regelungen des AktG genügt nach Auffassung des BVerwG nicht. Stattdessen müssen die einzelnen Normen des AktG, von denen dispensiert werden soll, und eine Regelung, die an ihre Stelle tritt, genannt werden.

<sup>548</sup> *Heidel*, NZG 2012, 48 (49).

<sup>549</sup> *Mühl-Jäckel*, in: *Bauer/Büchner/Hajasch*: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 42.

nalordnungen berufen, den rechtlichen Rahmen so auszugestalten, dass die Steuerungsverluste in den Kapitalgesellschaften ausgeglichen werden und zwar mit Mitteln, die mit dem Gesellschaftsrecht übereinstimmen. Die Erreichung eines ausreichenden Ingerenzniveaus<sup>550</sup> muss auf gesetzlicher Grundlage, aufgrund gemeinderechtlicher Bestimmungen garantiert sein, ansonsten widerspricht das Kommunalwirtschaftsrecht partiell – nämlich soweit es die Gesellschaftsform zur Wahl stellt – der Verfassung.

### **3. Schaffung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts?**

Teile der Literatur fordern, da sich die kommunalwirtschaftliche Betätigung in Privatrechtsform nicht sauber mit Verfassungsvorgaben vereinbaren lässt, die Schaffung eines Sonderrechts für die Verwaltung in Gesellschaftsform<sup>551</sup>. Verfassungskonformität könne alternativ auch durch verfassungskonforme Auslegung des Gesellschaftsrechts erreicht werden, indem man eine öffentlich-rechtliche Überlagerung des Privatrechts annehme<sup>552</sup>. Das private Gesellschaftsrecht soll daher umgestaltet bzw. unter Beachtung zwingender Verfassungsgebote für gemeindliche Wirtschaftstätigkeit ausgelegt werden. Die Vorgaben der Grundrechte, des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips sollen eingeflochten werden, sodass die Kommune in zulässiger Weise auf die Kapitalgesellschaftsform zurückgreifen könne<sup>553</sup>.

#### **a. Kompetenz**

Fraglich ist, wer für den Erlass eines Verwaltungsgesellschaftsrechts zuständig wäre. Denkbar ist, da öffentliche Unternehmen sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene existieren, dem jeweiligen Verband die Gesetzgebungszuständigkeit zuzuweisen. Bund bzw. Länder sollen jeweils für ihren Zuständigkeitsbereich entscheiden, welche Sondergesellschaftsregeln auf ihre Verwaltung in der Organisationsform der Gesellschaft Anwendung finden sollen. Suchte man jedoch eine für alle Gebietskörperschaften einheitliche Regelung zu finden, müsste man den Bund als gesetzgebungsbefugt ansehen. Er müsste sich auf einen Kompetenztitel der Art. 71 ff. GG berufen können.

Die entsprechende Bundeskompetenz zum Erlass eines gesonderten Organisationsgesellschaftsrechts für öffentliche Unternehmen könnte sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht

---

<sup>550</sup> Siehe Kapitel 4 VIII.

<sup>551</sup> Kraft, Verwaltungsgesellschaftsrecht, S. 237 ff.

<sup>552</sup> Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 394 AktG Rn. 2a; Schröder, LKV 2007, 207 (209).

<sup>553</sup> Schröder, LKV 2007, 207 (209).

der Wirtschaft) stützen lassen<sup>554</sup>. Das Verwaltungsgesellschaftsrecht müsste dann als Materie angesehen werden können, welche die Wirtschaftsordnung, das Wirtschaftsleben und das Wirtschaftshandeln betrifft<sup>555</sup>. Der Bereich wirtschaftlichen Handelns ist thematisch breit gefächert, unterliegt technischen, politischen wie globalen Änderungen und kann daher nicht auf die sonstigen in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG aufgelisteten Gebiete beschränkt sein, ist daher weit auszulegen<sup>556</sup>. Das Recht der öffentlichen Unternehmen wird deswegen auch unter diesen Kompetenztitel gefasst, wobei dessen Reichweite als „unklar“ eingestuft wird. Da nahezu alle Sachverhalte wirtschaftliche Bezüge aufweisen, darf der Kompetenztitel nicht dazu „missbraucht“ werden, originär die in den Zuständigkeitsbereich der Länder fallende Materien bundeseinheitlich zu regeln<sup>557</sup>. Es fragt sich daher, ob „das Recht der Wirtschaft“ auch Vorschriften zum Geschäftsgebaren, zur Geschäftspolitik erfasst sowie organisatorische Regelungen<sup>558</sup>. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist einschlägig, wenn der Schwerpunkt normativer Festlegungen die **wirtschaftliche Betätigung als solche** betrifft<sup>559</sup> und der Sachzusammenhang es für gerechtfertigt erscheinen lässt, die Gesetzgebungskompetenz dem Bund zuzuschreiben. Organisations- und Geschäftsführungsregelungen stellen insofern gleichsam das Fundament der wirtschaftlichen Betätigung dar. Sie bestimmen die Spielregeln, die beim unternehmerischen Wirtschaften zu beachten sind.

Zu beachten ist indessen, dass Normen, die die Wirtschaftsführung öffentlicher Unternehmen im Allgemeinen betreffen, Bereiche erfassen, die typischerweise kommunalrechtlich geregelt sind. Die wirtschaftliche Betätigung ist ein klassisches Mittel, mit welchem die Kommunen ihre Aufgaben erfüllen. Angelehnt an die §§ 67 ff. der DGO enthält das Kommunalwirtschaftsrecht die Bedingungen für das Handeln der Kommunen mit unternehmerischen Mitteln. Eine bundeseinheitliche Gesetzgebung würde den Ländern einen wesentlichen Teil ihrer Zuständigkeit zur Normierung des Kommunalrechts nehmen<sup>560</sup>. Die originäre Gesetzgebungskompetenz der Länder in diesem Bereich ist daher anzuerkennen, eine Regelungsbefugnis dem Bund insofern zu versagen.

Etwas anderes gilt für die Festlegung und Normierung der Unternehmensformen. Eine Legislativkompetenz des Bundes ist für das Gesellschaftsrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 (bürgerli-

<sup>554</sup> Stober, NJW 2002, 2357 (2363).

<sup>555</sup> Maunz, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 74, V., Rn. 132; Stober, NJW 2002, 2357 (2363); vgl. BVerfG NJW 1985, 2185 (2186).

<sup>556</sup> BVerfG NJW 1985, 2185 (2186).

<sup>557</sup> Ebenso Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 348.

<sup>558</sup> Stober, NJW 2002, 2357 (2363).

<sup>559</sup> BVerfGE 28, 119 (146 f.).

<sup>560</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 349.

ches Recht) i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG anerkannt<sup>561</sup>. Soweit es um ein wirtschaftliches Handeln geht, ist das Rechtskleid des jeweiligen Subjekts durchaus von Bedeutung, bestimmen sich doch hiernach die Rechte und Pflichten der Organe, die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse sowie die Haftung des Unternehmensträgers. Dies alles wirkt sich auf die Effektivität und Effizienz des Unternehmenshandelns aus.

Die Kreation neuer – auch öffentlich-rechtlicher - Organisationsformen ist weder eindeutig dem Bund noch dem Land überantwortet. Es erschiene daher nicht unvertretbar dem Bund, gestützt auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die Gesetzgebungskompetenz zuzuweisen, sodass dieser ein allgemeines Gesetz betreffend Aufbau und Struktur öffentlicher Unternehmen schaffen kann<sup>562</sup>. In diesem Zusammenhang muss auch die Kompetenzverteilung der Art. 83 ff. GG beachtet werden, die Aussagen über die Einrichtung der Behörden im Rahmen der Gesetzesausführung resp. über die Verwaltungsorganisation enthalten. Die entsprechende Regelungsbefugnis ist nach Art. 70, 83 GG ebenfalls grundsätzlich den Ländern zugeordnet<sup>563</sup>.

#### **b. Notwendigkeit legislativen Tätigwerdens**

Der Normierung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts bedarf es jedoch nicht. Kapitalgesellschaftliche Regeln müssen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nicht eigens verändert oder außer Kraft gesetzt werden, um verfassungsrechtlichen Bedingungen zu genügen. Es ist erforderlich, aber auch ausreichend, die **Gemeindeordnungen** um die mit dem Gesellschaftsrecht kompatiblen Ingerenzrechten ausdrücklich **zu ergänzen**. Diese müssen im Einzelnen aufgelistet und es muss vorgegeben werden, welche Rechte mindestens bzw. wie viele davon in den Gesellschaftsvertrag oder die Unternehmenssatzung zwingend aufzunehmen sind, zur Erreichung eines ausreichenden Ingerenzniveaus aufzunehmen sind. Bereits mit individuell gestalteten vertraglichen Grundlagen können grundsätzlich genügende Einfluss- und Kontrollrechte der öffentlichen Hand gesichert werden<sup>564</sup>. Das Problem liegt unglücklicherweise jedoch darin begründet, dass die Kommunalordnungen den Gemeinden **zu viel Spielraum** für die Ausgestaltung der Unternehmenssatzung lassen mit der Folge, sodass diese dann – aus Unerfahrenheit, Zeitmangel oder fehlendem Interesse – verabsäumen, verfassungsrechtlich geforderte Steuerungsrechte zu statuieren. Die landesrechtlichen Vorgaben

---

<sup>561</sup> BVerfGE 98, 145 (157).

<sup>562</sup> Maunz, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 74, V., Rn. 133.

<sup>563</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 350.

<sup>564</sup> Schröder, LKV 2007, 207 (209).

ermöglichen jedoch in ihrer derzeitigen Ausgestaltung eine Rechtspraxis, die verfassungsrechtliche Vorgaben strukturell missachtet<sup>565</sup>.

## **G. Völker- und unionsrechtliche Determinanten**

### **I. Überblick über völkerrechtliche Bestimmungen**

Es existieren keine allgemeinen völkerrechtlichen Regelungen, welche eine Wirtschaftsbetätigung öffentlicher Unternehmen per se untersagen oder erlauben. Dies beruht auf der Anerkennung der Souveränität der Staaten, darüber zu befinden, ob und inwieweit sie eine staatliche Wirtschaftsaktivität verbieten oder fördern wollen<sup>566</sup>.

Einzuhalten sind freilich menschenrechtliche Vorgaben, die dem unternehmerischen Wirken Grenzen setzen. Auf der Hand liegt, dass ein Sklaven- oder Menschenhandel kein zulässiger Unternehmensgegenstand ist. In den internationalen Wirtschaftsabkommen finden sich vereinzelt Bestimmungen über öffentliche Unternehmen zur Verwirklichung politischer Ziele im In- und Ausland<sup>567</sup>. In eine andere Richtung deutet allerdings Artikel XVII WTO-GATT<sup>568</sup>, der zwar öffentliche Unternehmen erwähnt, aber in Abs. 1 lit. b normiert, dass sie von kommerziellen Interessen geleitet werden sollen. Dies widerspricht partiell den geltenden grundgesetzlichen und kommunalrechtlichen Vorgaben, wonach ein öffentlicher Zweck das Unternehmen bedingen muss. Diese, aus dem Verfassungsrecht deduzierte Determinante kann weder vom einfachen Recht noch vom Völkerrecht überspielt werden. Aus der Erwähnung öffentlicher Unternehmen im GATT kann aber zumindest gefolgert werden, dass diese für grundsätzlich zulässig erachtet werden.

## **II. Recht der Europäischen Union**

### **1. Überblick**

Das Unionsrecht genießt zwar hinsichtlich seines Primär- und Sekundärrechts Anwendungsvorrang, macht aber mit Blick auf kommunale Unternehmen keine expliziten Vorgaben.

---

<sup>565</sup> Dazu näher Kapitel 4 C. VIII.

<sup>566</sup> *Stober*: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 189; *Püttner*, Unternehmen, S. 204 f.

<sup>567</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 205.

<sup>568</sup> Original Vertragstext abrufbar unter:

<https://www.bmz.de/de/themen/welthandel/welthandelssystem/gatt/index.html>, zuletzt aufgerufen am 28.01.2017 um 17:38 Uhr.

Mittelbar lässt sich aber ein unternehmerischer Bezug Art. 345 AEUV entnehmen. Danach bleibt die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt. Diese Norm geht auf Art. 83 EGKSV zurück, der noch davon sprach, dass die Errichtung der Gemeinschaft „in keiner Weise die Ordnung des Eigentums an den Unternehmen“ berührt. Die Gründungsstaaten befürchteten, mit Errichtung der EGKS verlören sie ihre Zuständigkeit zur Regelung der Eigentumsverhältnisse an den Unternehmen<sup>569</sup> bzw. zur Durchführung von Sozialisierungen oder Privatisierungen. Sie drängten daher auf die Aufnahme der Norm in den Vertrag. Dass der Wortlaut von Art. 345 AEUV nicht mehr auf die Ordnung des Eigentums an Unternehmen beschränkt ist, ist mit keiner Veränderung des Inhalts und der Tragweite des Begriffs der Eigentumsordnung verbunden. Art. 345 AEUV ist als bloße Angst- oder „Negativklausel“<sup>570</sup> zu verstehen.

Das Unionsrecht enthält keine Bestimmungen über die Voraussetzungen zur Errichtung öffentlicher Unternehmen. Den Grundrechten und den Grundfreiheiten lassen sich nur die allgemeinen Gebote der Diskriminierungsfreiheit und der Gleichbehandlung entnehmen und aus dem Beihilfenrecht das grundsätzliche Verbot der Gewährung von Beihilfen<sup>571</sup>. Art. 106 Abs. 1 AEUV ist trotz seines missverständlichen Wortlauts nicht so zu verstehen, dass er sich ausdrücklich für die Zulässigkeit öffentlicher Unternehmen oder die Anerkennung gleicher Rechte wie für private Unternehmen ausspricht. Er weist lediglich darauf hin, dass diese gegenüber privaten Wirtschaftssubjekten nicht bevorzugt werden dürfen. Die Mitgliedstaaten sollen sich dadurch nicht den Bindungen der Verträge entziehen können, dass sie durch öffentliche Unternehmen handeln<sup>572</sup>. Gerade in wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhalten dürfen Unternehmen der öffentlichen Hand grundsätzlich – vorbehaltlich der Bereichsausnahme in Art. 106 Abs. 2 AEUV - nicht besser gestellt werden<sup>573</sup>. Die Art. 107 f. AEUV sind folglich auch auf kommunale Unternehmen anzuwenden.

## **2. Beihilfenrecht nach den Art. 107 f. AEUV**

Danach sind wettbewerbsverfälschende Beihilfen grundsätzlich unzulässig. Es handelt sich um ein präventives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt<sup>574</sup>. Begünstigungen im Sinne dieser

<sup>569</sup> Kühling, in: Streinz: EUV/AEUV, Art. 345 Rn. 4.

<sup>570</sup> Pernice, Grundrechtsgehalte, S. 182.

<sup>571</sup> Hauser, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, S. 16.

<sup>572</sup> Weiß, EuR 2003, 165 (169 ff.); Badura, DÖV 1998, 818 (823).

<sup>573</sup> Weiß, EuR 2003, 165 (176); Löwer, VVDStRL 60 (2001), 416 (449).

<sup>574</sup> Hobe, Europarecht, § 23 Rn. 438.

Vorschriften sind bei der Kommission anzumelden, es besteht eine Notifizierungspflicht<sup>575</sup>, Art. 108 Abs. 3 S. 1 AEUV. Die eigentliche Krux liegt in der Bestimmung des Begriffs der Beihilfe. Art. 107 Abs. 1 AEUV lassen sich qualitative Merkmale entnehmen<sup>576</sup>: Bei einer Beihilfe handelt es sich um eine Begünstigung, die staatlich oder aus staatlichen Mitteln gewährt wurde, die bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige fördert, den Wettbewerb verfälscht oder zu fälschen droht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Der EuGH sieht als *Begünstigung* nicht nur positive Geldleistungen, sondern auch die Befreiung von finanziellen Lasten an, die der Begünstigte normalerweise zu tragen hätte<sup>577</sup>. Klassischerweise werden hierunter Zuwendungen verstanden, die keine marktgerechte Vergütung oder Gegenleistung für eine erbrachte Leistung darstellen<sup>578</sup>. Was marktüblich ist, ist teils von der Kommission in Mitteilungen konkretisiert worden. Bei der Bestimmung der Höhe der Gegenleistung sind mitunter wertende Entscheidungen zu treffen. Hierfür wird u.a. der sogenannte „private investor test“ angewandt, mit dessen Hilfe das staatliche Verhalten mit dem eines sorgfältigen Privatanlegers verglichen wird<sup>579</sup>. Es muss danach gefragt werden, ob ein privater Investor den fraglichen wirtschaftlichen Vorteil dem Unternehmen unter den gleichen Umständen und Bedingungen ebenfalls gewährt hätte. Besondere Relevanz erhält dieser Test bei der Gewährung von Zuwendungen an öffentliche Unternehmen. Vereinfacht wird die Durchführung dieses Tests aufgrund der Transparenzverpflichtungen nach der Richtlinie 2006/111/EG der Kommission<sup>580</sup>. Nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie haben die Mitgliedsstaaten dafür zu sorgen, dass die Bereitstellung oder die Verwendung öffentlicher Finanzmittel durch die öffentlichen Unternehmen offengelegt werden. In Art. 3 werden sodann die denkbaren finanziellen Beziehungen aufgelistet, deren Transparenz zu gewährleisten ist. Hintergrund ist, dass sich öffentliche Unternehmen in der Regel im Wettbewerb mit anderen Unternehmen befinden<sup>581</sup>. Das unionale Beihilfenrecht sieht die Kommission in der Verantwortung, darüber zu wachen, dass Wettbewerbsverfälschungen durch die Gewährung von Beihilfen vermieden werden<sup>582</sup>. Die Transparenzpflichten sind notwendig, damit die Kommission ihrer Überwachungsfunktion nachkommen kann, wie sich aus Erwägungsgrund (7) der RL ergibt.

<sup>575</sup> *Sonder*, KommJur 2013, 121 (122).

<sup>576</sup> *Hobe*, Europarecht, § 23 Rn. 444.

<sup>577</sup> EuGH, Urt. v. 23.03.2006 – C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, Rn. 42.

<sup>578</sup> *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*: EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 10.

<sup>579</sup> *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert*: EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 11.

<sup>580</sup> Richtlinie 2006/111/EG der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, ABl. 2006 Nr. L 318/17.

<sup>581</sup> Erwägungsgrund (3) der RL.

<sup>582</sup> Erwägungsgründe (5) und (6) der RL.



Insbesondere die bei Anstalten des öffentlichen Rechts bisher übliche Gewährträgerhaftung scheint unter Zugrundelegung des Obengesagten problematisch. In Art. 89 Abs. 4 BayGO heißt es etwa, dass die Gemeinde für Verbindlichkeiten des (in anstaltlicher Form geführten) Kommunalunternehmens unbeschränkt haftet, soweit nicht Befriedigung aus dessen Vermögen zu erlangen ist<sup>583</sup>. Die Gewährträgerhaftung ist für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute aufgrund einer Verständigung<sup>584</sup> zwischen der Bundesregierung und der Kommission abgeschafft<sup>585</sup>. Kommunalunternehmen waren von der Vereinbarung nicht erfasst. Ob die Gewährträgerhaftung tatsächlich einer europarechtswidrigen Beihilfe entspricht, soll erörtert werden, wenn die Anstalten des öffentlichen Rechts im Einzelnen untersucht werden<sup>586</sup>.

## H. Freies Ermessen bei der Wahl der Organisationsform?

Bereits im Rahmen der einfachgesetzlichen Schranken, die das Haushaltswirtschaftsrecht den Gemeinden setzt, wurde die Frage angedeutet, inwiefern den Gemeinden ein völlig freies Ermessen bei der Wahl und der Ausgestaltung der konkreten Organisationsform für ihre Unternehmen zusteht<sup>587</sup>.

Der Selbstverwaltungsgarantie ist neben der Satzungs-, Personal-, Finanz-, Gebiets-, Planungshoheit auch die Organisationshoheit zu entnehmen, die ein Vorrecht bei der Entscheidung über den inneren Aufbau und die innere Struktur der Gemeinden, ihrer Behörden und sonstigen Verwaltungsinstanzen bedeutet. Eine Forderung, nach der die Gemeinden nur diejenigen Organisationsformen wählen dürfen, welche die verfassungs- und einfachrechtlichen Vorgaben im Sinne eines Optimums erfüllen, würde dieser Organisationshoheit widersprechen. Den Gemeinden muss ein Beurteilungsspielraum zugestanden werden, vor allem da die Einschätzung, welches das beste Rechtskleid ist, **prognostische und wertende** Elemente enthält. Die aus der Verfassung abzuleitende Befugnis, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft selbst zu regeln, beinhaltet auch, den Kommunen normative Entscheidungen zuzugestehen. Die Gemeinden können die von ihnen bestimmten und die ihnen übertragenen Aufgaben nicht autonom wahrnehmen, wenn sie nicht darüber befinden dürfen, in welcher

<sup>583</sup> So auch § 114a Abs. 5 S. 1 GO NRW

<sup>584</sup> Verständigung der Kommission mit der Bundesregierung und Vertretern der Bundesländer über die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung von Sparkassen und Landesbanken vom 17. Juli 2001 (Brüsseler Verständigung), Pressemitteilung abrufbar unter:  
<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/02/343&format=DOC&aged=1&language=DE&guiLanguage=en>, zuletzt aufgerufen am 22.01.2017 um 21:03 Uhr.

<sup>585</sup> *Cremes*, in: *Calliess/Ruffert*: EUV/AEUV, Art. 107 AEUV Rn. 38.

<sup>586</sup> Siehe Kapitel 5.

<sup>587</sup> Siehe F. I. 4.

Form sie dies zu tun gedenken. Die Kommunen können den ihnen aufgrund der Selbstverwaltungsgarantie überlassenen Spielraum autonomer Aufgabenerledigung nur wahrnehmen, wenn ihnen auch ein gewisser organisatorischer Freiraum zugestanden wird<sup>588</sup>. Eingeschränkt werden muss diese Prämisse aber wegen des Topos der Bindung aller Staatsgewalt an Recht und Gesetz. Unter Geltung des Rechtsstaatsprinzips kann es ein völlig freies Ermessen nicht geben, es ist immer rechtlich gebunden, Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 GG. Die Gemeinden müssen folglich ihr Ermessen entsprechend den rechtlichen Direktiven ausüben, insofern ist ihnen dann aber nach herrschender Meinung auch eine grundsätzliche Wahlfreiheit zuzuerkennen<sup>589</sup>. Dies spiegelt sich etwa im Bereich der Wasserversorgung wider. Das aufgrund des Kompetenztitels in Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG erlassene WHG des Bundes stipuliert in § 50, dass die öffentliche Wasserversorgung eine Aufgabe der Daseinsvorsorge ist. Dies steht im Kontext mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG. Den Gemeinden obliegt traditionellerweise die Aufgabe der Daseinsvorsorge der örtlichen Gemeinschaft, weshalb sie als Träger der öffentlichen Wasserversorgung im Sinne des § 50 WHG anzusehen sind<sup>590</sup>. Gemäß § 72 Abs. 3 S. 1 GG können die Länder vom bundesrechtlichen Wasserhaushaltsgesetz abweichende Bestimmungen erlassen. „Abweichend“ meint selbstverständlich auch ergänzende Regelungen. Das Land Nordrhein-Westfalen schreibt in diesem Zusammenhang in § 47a seines Landeswassergesetzes vor<sup>591</sup>, dass die Gemeinden die dem Gemeinwohl entsprechende öffentliche Wasserversorgung sicherzustellen haben und diese Aufgabe auch auf Dritte übertragen können – d.h. privatisieren dürfen –, wenn ihre Erfüllung gewährleistet ist. Das bedeutet, dass die Gemeinde eine Gewährleistungsverantwortung trägt, sich dieser Aufgabe nicht vollständig entziehen kann, wohl aber zwischen privatisierten und nicht privatisierten Formen der Aufgabenerfüllen wählen darf. Am Beispiel dieses speziellen Bereichs der Daseinsvorsorge lässt sich aufzeigen, dass der Gesetzgeber zwar ein Organisationsermessen der Gemeinden anerkennt, zugleich aber festgeschrieben hat, dass **eine völlige Aufgabenerledigung jedenfalls nicht zulässig ist**.

Im folgenden Kapitelabschnitt sollen die rechtlichen Direktiven unter Bezugnahme auf das Obengesagte teils resümierend, teils ergänzend erläutert werden. Zusammenfassend insofern,

<sup>588</sup> BVerfGE 91, 228 (237 f.).

<sup>589</sup> Bohn, Die Anstalt des öffentlichen Rechts, S. 115; Tettinger, DÖV 1996, 764 (768); Erbguth/Stollmann, DÖV 1993, 798 ff.; Stober, NJW 1984, 449 (454); Püttner, Unternehmen, S. 85; vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 113; a.A. Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 177, der die Sonderrechtstheorie dahingehend überspitzt, dass öffentliches Recht immer zur Anwendung kommen müsse – auch bei der Frage nach der Organisation eines Verwaltungsträgers –, wenn für einen Sachverhalt öffentlich-rechtliche Regelungsstrukturen existieren.

<sup>590</sup> Gößl, in: Sieder/Zeitler: WHG AbwAG, § 50 WHG Rn. 16.

<sup>591</sup> Ähnlich auch § 30 Abs. 1, 3 HWG.

als dass auf bereits erörterte Verfassungsbestimmungen verwiesen wird. Eine Konkretisierung wird aber dahingehend getroffen, als **Augenmerk auf die einzelne Entscheidung für oder gegen eine Organisationsform** gelegt und nicht lediglich Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen im Allgemeinen genommen wird. Die im Folgenden darzustellenden Vorgaben muss die Gemeinde in concreto unter Beachtung der von ihr wahrzunehmenden Aufgabe erfüllen und danach ihre Organisationsentscheidung richten.

## **I. Allgemeine Grenzen der Wahlfreiheit**

Hoheitsgewalt ist unveräußerlich. Die Kommunen können sich ihrer Befugnis und Pflicht zur Ausübung von Staatsgewalt nicht ohne Vorbehalt von Einflussmöglichkeiten begeben<sup>592</sup>. Hoheitlicher, polizei- und ordnungsrechtlicher Befugnisse kann sich die Verwaltung nicht entledigen. In diesen Bereichen ist die Anwendung von Mitteln des Zwangs – insbesondere zum Schutz von Freiheit und Eigentum der Bürger – unter gesetzlich genau festgelegten Bedingungen unabdingbar. Im Übrigen darf sich die Verwaltung nicht ihren Bindungen entäußern, denen sie bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung unterliegen würde. Eine „Flucht ins Privatrecht“ ist unzulässig. Dies gilt vor allem für die Rückanbindung an den Volkswillen und die damit einhergehende parlamentarische Kontrolle und Aufsicht. Durch die Verfassung gesetzte Bindungen dürfen nicht unterlaufen werden.

Da es sich bei der Wahlentscheidung um die Ausübung von Ermessen handelt, kommen auch die allgemeinen Grundsätze zur pflichtgemäßen Ermessensausübung zum Tragen<sup>593</sup>, d.h. die § 40 VwVfG zu entnehmenden Gebote müssen beachtet werden. Die Kommune muss von ihrer Organisationshoheit in zweckentsprechender Weise Gebrauch machen. Sie muss insbesondere versuchen, den öffentlichen Zweck wirtschaftlich und effizient zu erreichen und sich mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf das Erforderliche zu beschränken, um die Grundrechte privater Konkurrenten nicht mehr als nötig zu beeinträchtigen.

Auf der Hand liegt, dass die Prinzipien des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes zu beachten sind. Die Gemeinde darf solche Organisationsformen nicht wählen, für die eine gesetzliche Vorgabe nicht besteht, wenn die Voraussetzungen der Wesentlichkeitsrechtsprechung erfüllt sind, d.h. die Kommune in grundrechtssensiblen Bereichen tätig wird oder andere Verfassungsprinzipien (wie das Demokratieprinzip) berührt werden. Ferner müssen im Besonderen die Voraussetzungen der Gemeindeordnungen für die kommunale Wirtschaftstätigkeit

---

<sup>592</sup> Bohn, Die Anstalt des öffentlichen Rechts, S. 116.

<sup>593</sup> Brüning, in: Bauer/Büchner/Hajasch, Rekommunalisierung, S. 61; Püttner, Unternehmen, S. 85.

eingehalten werden. Die Gemeinde kann sich mithin nicht eines Rechtskleides bedienen, mit dem etwa der öffentliche Zweck nicht verfolgt werden kann oder mit dem das Leistungsvermögen der Kommune überansprucht würde.

## **II. Verfassungsrechtliche Richtlinien für die Rechtskleidwahl**

### **1. Wahrung der Ingerenzmöglichkeiten bei der Bundesauftragsverwaltung**

Führen die Kommunen die Gesetze im Auftrag des Bundes im Sinne des Art. 85 GG aus, unterstehen sie den Weisungen der zuständigen obersten Bundesbehörden, Art. 85 Abs. 3 S. 1 GG. Das Weisungsrecht dient als Steuerungsinstrument, um der in Art. 85 Abs. 4 GG zum Ausdruck kommenden Fachaufsicht gerecht zu werden<sup>594</sup>. Die Gemeinden dürfen also bei der Erledigung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht auf solche Organisationsformen zurückgreifen, die das Weisungsrecht und die Rechts- und Fachaufsicht des Bundes unterlaufen<sup>595</sup>.

### **2. Funktionsvorbehalt Art. 33 Abs. 4 GG**

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse übertragen. Angehörige des öffentlichen Dienstes sind solche, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen<sup>596</sup>. Dies könnte zu dem Schluss verleiten, dass hier privatrechtsförmiges Handeln bzw. das Auftreten mittels privater Organisationsformen verboten ist. Dem ist jedoch nicht so. Im Vordergrund der Regelung steht vielmehr die normative Erfassung der Personalstruktur des öffentlichen Dienstes<sup>597</sup>. Freilich hat dies Auswirkungen auf die Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Rechtskleid. Geht es um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse, sollen grundsätzlich die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zur Wahl stehen, sind doch nur diese in der Lage öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnisse zu begründen, was in Art. 33 Abs. 4 GG zum Ausdruck gelangt<sup>598</sup>. Allerdings ist der Funktionsvorbehalt regelhaft formuliert. Es handelt sich nicht um ein striktes Verbot, sondern limitiert lediglich die Rechtsformenwahl<sup>599</sup>. Fraglich ist jedoch, was unter dem Begriff der „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ zu verstehen ist. Öffent-

<sup>594</sup> Suerbaum, in: BeckOK GG, Art. 85 Rn. 26.

<sup>595</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 48 f.

<sup>596</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 49.

<sup>597</sup> Scholz, NJW 1997, 14 (15); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 121.

<sup>598</sup> Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 121.

<sup>599</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 49.

lich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnisse binden die mit der Wahrnehmung einer Verwaltungsaufgabe unmittelbar Betrauten an den Staat und bieten Gewähr für Zuverlässigkeit und Sorgsamkeit. Es besteht mithin ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Staat und den Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Die Begriffsauslegung muss sich an diesem Gedanken orientieren. Erfasst ist nicht nur die Ausübung öffentlicher Gewalt oder ein Tätigwerden im Rahmen der Eingriffsverwaltung<sup>600</sup>, wonach etwa die Inanspruchnahme des Gewaltmonopols eine Privatisierung grundsätzlich untersagt<sup>601</sup>. Da eine Begriffsbestimmung anhand der Staatsaufgabenlehre wenig fruchtbringend ist - herrscht doch Unklarheit über die exakte Festlegung dessen, was „Staatsaufgaben“ sind<sup>602</sup> - wird man die „hoheitsrechtlichen Befugnisse“ erweiternd auslegen müssen. Überall dort, wo Grundrechte berührt werden können, erscheint ein hoheitsrechtliches Tätigwerden mit den den Staat von Verfassungs wegen bindenden Richtschnuren angezeigt. Dies kann auch im Bereich der Leistungsverwaltung, insbesondere im Rahmen des daseinsvorsorgenden Tätigwerdens durch erwerbswirtschaftliche Betätigung der Fall sein<sup>603</sup>. Der Funktionsvorbehalt deutet auch hier ein Regel-Ausnahme-Verhältnis an, dass ein Handeln in Privatrechtsform zwar möglich ist, aber eines rechtfertigenden Grundes bedarf. Im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen ist aber eine solche Relation nicht oder zumindest nicht deutlich erkennbar, die verfassungsrechtlich intendierte Wahrnehmungsform spiegelt sich in der Rechtstatsächlichkeit nicht wider, was nur in der Großzügigkeit der Rechtsprechung und Rechtsanwendung sowie Rechtsaufsicht bei der Anerkennung von Ausnahmen begründet liegen kann<sup>604</sup>. Möglicherweise wird aber auch der Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden, welcher der verfassungsrechtlich verbürgten Selbstverwaltungsgarantie entnommen wird, allzu freigiebig anerkannt. Ein dritter Grund mag die Ohnmacht der Kommunalaufsicht sein, die mangels zuverlässiger Steuerungsinstrumente nicht genügend auf die Organisationsformenwahl Einfluss nehmen kann. Auch wenn in gerechtfertigter Weise der Staat von der Regel des Art. 33 Abs. 4 GG abweicht, darf sich die öffentliche Hand nicht ihrer tatsächlichen Sachherrschaft über den Geschehensablauf und ihrer rechtlichen Bindungen entledigen, indem sie sich für eine Privatisierung entscheidet, hat sie doch im Übrigen rechtsstaatliche sowie demokratische Bindungen zu beachten<sup>605</sup>. Bei der Wahl der Unternehmensrechtsform muss die Kommune folglich da-

<sup>600</sup> Badura, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 33 Rn. 56.

<sup>601</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585 (592); Scholz, NJW 1997, 14 (15).

<sup>602</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585 (591).

<sup>603</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 51.

<sup>604</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 52.

<sup>605</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585 (592).

rauf achten, Einfluss auf die Geschicke und die Geschäftsführung des Unternehmens nehmen zu können, wenn sie hoheitsrechtliche Befugnisse in unternehmerischer Form wahrnimmt.

### **3. Verfolgung eines öffentlichen Zwecks aufgrund von Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 1 Abs. 3 GG**

Die Ableitungen aus dem Rechtsstaatsprinzip gelten auch für die konkrete Entscheidung der Kommune für oder gegen eine bestimmte Form der Organisation ihrer Unternehmen kraft der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG<sup>606</sup>. Hieraus und aufgrund der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte qua Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich die Pflicht zur Verfolgung eines öffentlichen Zwecks. Folglich ist es der Gemeinde verwehrt, eine Organisationsform zu wählen, mit welcher sich öffentliche Aufgaben nicht erreichen lassen. Das ist allerdings im Prinzip bei allen Unternehmensformen möglich. Bei den öffentlich-rechtlichen Rechtsformen liegt dies auf der Hand, sind sie doch geschaffen worden, um der öffentlichen Hand bei der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben dienlich zu sein. Aber auch die privaten Organisationsformen, die eigentlich privaten Rechtssubjekten ein Forum bieten sollen, privatautonom gesetzte Zwecke in versammelter und gebündelter Weise zu verfolgen, ermöglichen die Verfolgung öffentlicher Interessen. Hier können die Unternehmenszwecke – sofern in Einklang mit der Rechtsordnung stehend – von den Unternehmensträgern grundsätzlich frei bestimmt werden, eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist damit nicht ausgeschlossen.

### **4. Sicherung von Ingerenzrechten wegen Art. 28 GG**

Bereits aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG ergibt sich die Verpflichtung der Gemeinde, sich ausreichend Ingerenzmöglichkeiten zur Steuerung und Kontrolle ihrer Unternehmen vorzubehalten. Aus dem Demokratieprinzip folgt nämlich die Verantwortlichkeit der Exekutive – zu welcher auch die Gemeinden samt ihren Unternehmen gehören – gegenüber dem Parlament, das das Volk repräsentiert. Die Gemeinde muss ihrer Verantwortung dadurch nachkommen, dass sie auf das Handeln ihrer Vertreter Einfluss nimmt. Bei unselbstständigen Unternehmensformen ist dies unproblematisch möglich, der Betrieb ist unmittelbar Bestandteil der Gemeinde, wird wie ein Amt geführt. Dementsprechend eng ist auch die Bindung an den Willen der Gemeinde. Der Hauptverwaltungsbeamte leitet die Gemeinde samt ihren ein-

<sup>606</sup>

*Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 88.*

zelen Ämter, damit ist die Umsetzung kommunaler Beschlüsse und die Leitung des unselbständigen Unternehmens ohne Schwierigkeiten möglich. Die Organe des Unternehmens sind folglich solche des Unternehmensträgers. Die Kommunalaufsicht kann ihre Informationsrechte wahrnehmen, rechtswidrig oder nicht gefasste Beschlüsse beanstanden und gegebenenfalls im Wege der Selbstvornahme tätig werden.

Bei öffentlich-rechtlichen, aber selbständigen Unternehmensformen wie der Anstalt des öffentlichen Rechts ist die Wahrnehmung von Ingerenzmöglichkeiten ebenfalls unproblematisch. Hier bestehen unternehmerische Rechenschaftspflichten<sup>607</sup> gegenüber der Gemeinde. In der Regel bestehen Weisungsrechte des Gemeinderats gegenüber dem Verwaltungsrat, welcher wiederum über wichtige Unternehmensangelegenheiten selbst entscheidet und den Vorstand überwacht.

Erschwernis bereitet die Erreichung des demokratisch geforderten Ingerenzniveaus bei den privaten Organisationsformen. Die in den Gemeindeordnungen zur Wahl gestellten Gesellschaftsformen der GmbH und AG sind als juristische Personen ebenfalls rechtlich selbständig. Sie sind jedoch Privatrechtssubjekte, unterliegen also dem Privatrecht. Freilich darf sich die Gemeinde bei der Wahl ihrer Rechts- und Organisationsformen nicht öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen, weshalb sie versuchen sollte, sich in gesellschaftsrechtlich konformer Weise Einwirkungsrechte auszubedingen, die gesellschaftsvertraglich resp. statutarisch aufzunehmen sind<sup>608</sup>. Nur ist nicht leicht zu beantworten, wie viele Ingerenzbefugnisse sich die Gemeinde sichern muss oder ob und welche Steuerungsrechte zwingend aufzunehmen sind. Diese Fragen stellen sich vor allem bei Beteiligungsgesellschaften, bei sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, wenn sich also die Unternehmensanteile in privater wie kommunaler Hand befinden. Privates Kapital fließt in der Regel nicht aus bloß altruistischen Finanzierungsabsichten in die Gesellschaft. Der Private hofft auf die Erzielung von Profiten durch das Unternehmen, welche als Dividenden an ihn ausgereicht werden. Er hat daher ein Interesse daran, ebenfalls auf die Geschicke des Unternehmens Einfluss nehmen zu können, damit dieses (betriebs-)wirtschaftlich arbeitet und Gewinne generiert. Gewinnstreben ist aus kommunaler Perspektive gegenüber der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, gegenüber dem Dienst an der Gemeinde, nachrangig. Die Interessen privater und kommunaler Akteure konfliktieren offensichtlich. Je größer die private Kapitalbeteiligung ist, desto geringer sind grundsätzlich

---

<sup>607</sup> Dies bedarf jedoch dogmatischen Begründungsaufwandes. Dazu Kapitel 5 C. II. 9. b.  
<sup>608</sup> Schulz, BayVBl. 1996, 97 (99).

die Erfolgchancen der Gemeinde, einen steuernden Einfluss auf das Unternehmen einzufordern.

Sollte der Topos bestätigt werden, dass verfassungsrechtlichen Regulativen nur entsprochen werden kann, wenn **ganz bestimmte**, inhaltlich klar umrissene Gesellschafterrechte zugunsten der Gemeinde aufgenommen werden, ergäbe sich das Erfordernis der Reform der Gemeindeordnungen. Die Aufnahme dieser Einwirkungs- und Kontrollrechte müsste zur *conditio-sine-qua-non* gemacht werden mit der Folge, dass die Gemeinde die Gesellschaftsform nur dann wählen darf, wenn der Gesellschaftsvertrag oder die Unternehmenssatzung diese Befugnisse explizit festschreibt.

Gleichwohl muss auch bei der Festlegung von Ingerenzrechten und –pflichten die Organisationshoheit der Kommune respektiert bleiben. Den Gemeinden muss ein Spielraum bei der Gestaltung der Unternehmen verbleiben. Aus der Selbstverwaltungsgarantie folgt schließlich das Recht zur grundsätzlich eigenverantwortlichen Leitung des Unternehmens<sup>609</sup>. Zwischen den Verfassungsgeboten der Selbstverwaltungsgarantie und der Demokratie ist also **praktische Konkordanz** herzustellen. Da allerdings – wie hier vertreten – die organisatorische Gestaltungsfreiheit der Gemeinden dann nicht erstickt wird, wenn ihnen die Wahl zwischen verschiedenen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen verbleibt und bei diesen Ingerenzmöglichkeiten ausreichend bestehen, könnte auch gänzlich auf die private Gesellschaftsform verzichtet werden.

## **5. Sozialstaatsprinzip**

Grundsätzlich sind zwar aus dem Sozialstaatsprinzip unmittelbar keine konkreten Leistungsansprüche des Bürgers oder Handlungspflichten des Staates abzuleiten, doch folgt aus diesem Staatsstrukturprinzip die Richtschnur der sozialen Gestaltung der Lebensverhältnisse. Dienen kommunale Unternehmen der Befriedigung elementarer Bedürfnisse, müssen sie so ausgestaltet sein, dass sie ihre Leistungen dauerhaft und zu sozial akzeptablen Bedingungen unabhängig von der Profitabilität anbieten<sup>610</sup>. Mangelt es an Ertragskraft des Unternehmens, werden Private davon Abstand nehmen, sich an diesem kapitalmäßig zu beteiligen. Dies bedeutet auch, dass die Kommunen bei der Wahl der Organisationsform eher auf die Gesellschaftsform verzichten werden bzw. sollten, auch um der Gefahr von Steuerungsverlusten zu entgehen. Denn der vermeintliche Finanzierungsvorteil der privaten Rechtskleider fällt gleichsam ohne

---

<sup>609</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 90.

<sup>610</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 87.



private Bezuschussung weg. Die Gemeinde muss aus sozialstaatlichen Gesichtspunkten darauf achten, dass sie eine Unternehmensform wählt, bei der Kontinuität und Qualität der Leistung sowie die Durchsetzbarkeit eines etwaigen Zulassungsanspruchs gesichert sind auch davor, dass das Unternehmen keine unkontrollierbare Eigendynamik entwickelt und sich gar von der ursprünglichen (sozialen) Zielleistung abwendet<sup>611</sup>. Das Sozialstaatsprinzip dirigiert folglich auch das Ermessen bei der Rechtsformenwahl.

## **6. Gedanke materieller Rechtsstaatlichkeit**

Die Deduktion eines Gerechtigkeitsgebots aus dem Rechtsstaatsprinzip scheint unbestritten, doch bereitet seine Konkretisierung ebenso Schwierigkeiten wie der Versuch, aus dem Sozialstaatsprinzip klare Handlungsanweisungen herauszuarbeiten. Rechtsphilosophisch zwar bestrittbar, wohl aber allgemein kaum in Abrede zu stellen, ist, dass Transparenz von Verfahrens- und Organisationsstrukturen ein Gerechtigkeitspostulat ist, denn nur so erscheint ein Nachvollzug von Entscheidungen und eine inhaltliche wie formelle Überprüfung möglich. Hinzukommt, dass Korruption nur begegnet werden kann, wenn Entscheidungsvorgänge durchsichtig sind<sup>612</sup>. Verantwortungen müssen klar zugewiesen werden können, da auch andernfalls effektiver Rechtsschutz nicht zu erreichen ist. Das bedeutet auch, dass privatrechtliche Holdingstrukturen von den Gemeinden grundsätzlich zu vermeiden sind.

Zugleich ist das Transparenzprinzip eine tragende Säule des Demokratieprinzips, denn dieses basiert auf dem Vertrauen des Volkes, welches nur entgegengebracht werden kann, wenn die Verfolgung politischer wie operativer Entscheidungen offengelegt und nachvollzogen werden können<sup>613</sup>. Verschachtelte Rechtsstrukturen sind bei der Zurückverfolgung von Entscheidungswegen hinderlich, machen dies mitunter unmöglich. Die Zuordnung von Handlungen, Verantwortlichkeiten und Verursachungsbeiträgen bereitet dabei nicht nur externen Kontrollinstanzen – wie der Kommunalaufsicht – Probleme, zumeist sind auch die Kommunen und ihre Vertreter überfordert, durchblicken ihre eigenen Gesellschafts- und Konzernstrukturen nicht. Das gilt erst recht, wenn sich Anteile an den beteiligten Gesellschaften auch in privater Hand befinden.

Letztlich lässt sich festhalten: Unklare Organisationsstrukturen verleiten nicht nur bei der Zuweisung von Verantwortungssträngen in die Irre, sie schwächen auch den Rechtsschutz der

---

<sup>611</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 88.

<sup>612</sup> Faber, NVwZ 2003, 1317 (1322).

<sup>613</sup> BVerfG NJW 1975, 2331 (2335).

Bürger<sup>614</sup>. Das Auswahlmessen bei der Bestimmung der Organisationsform für kommunale Unternehmen darf nicht missbraucht werden, um sich diesen Gerechtigkeitspostulaten zu entziehen. Die Kommune muss eine solche Unternehmensstruktur wählen, die für Außenstehende und für sie selbst transparent ist.

### **III. Einfachgesetzliche Maßgaben**

#### **1. Gebot der Wirtschaftlichkeit**

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip findet seine Verankerung bereits in verfassungsrechtlichen Maßgaben, soll aber unter dem Gesichtspunkt einfachgesetzlicher Direktiven erläutert werden, da das einfache Recht dieses Prinzip konkreter behandelt.

Wie bereits erörtert<sup>615</sup>, ergibt sich aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit keine unmittelbare Verpflichtung, die wirtschaftlichste Organisationsform für gemeindliche Unternehmen zu wählen. Der Begriff deutet auf eine Prognoseentscheidung hin, die von den Gemeinden selbst – und nicht an deren Stelle von den Aufsichtsbehörden oder den Gerichten – zu treffen ist. Nachvollzogen wird nur, ob die Gemeinde ihren Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum nicht überschritten hat, ob sich das von ihr gefundene Ergebnis im Bereich des Vertretbaren bewegt. Freilich kann die Kommune nicht ins Blaue hinein behaupten, dass eine bestimmte Organisationsform aus wirtschaftlicher Perspektive zu präferieren ist. In der Regel wird sie Wirtschaftlichkeitsanalysen durchführen und diese dann bei der Kommunalaufsicht einreichen. Die Gesetze schreiben zwar zum Teil vor<sup>616</sup>, dass diese Gutachten durch unabhängige Sachverständige zu erstellen sind, doch bestehen an der Objektivität dieser Analysen Zweifel. Ein mit der Erstellung solcher Analysen regelmäßig von der Gemeinde mandatiertes Unternehmen, wird sein Gutachten in der Regel nicht in Widerspruch zu dem vom Auftraggeber gewünschten Ergebnis erstellen, wenn es auch in Zukunft daran interessiert ist, von diesem Aufträge zu erhalten. Priorisiert die Kommune etwa die Gesellschaftsform, wird es ihr somit auch grundsätzlich gelingen, deren Wirtschaftlichkeit nachzuweisen, auch wenn etwa die Anstalt des öffentlichen Rechts – da ähnlich selbständig und flexibel – mindestens gleiche Vorteile bietet. Daher müsste die Kommunalaufsicht selbst ein Wirtschaftlichkeitsgutachten erstellen lassen, wovon sie jedoch aus Kosten- und Zeitgründen absehen wird. Um unnötige

---

<sup>614</sup> Krebs, in: Isensee/Kirchhof: HStR, Bd. III, § 69 Rn. 79; Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (165).

<sup>615</sup> Vgl. E. I.

<sup>616</sup> Siehe etwa § 92 Abs. 3 S. 1 BbgKVerf.

Doppelprüfungen zu vermeiden und damit Kosten zu sparen, wäre es sinnvoll, die Durchführung der Wirtschaftlichkeitsanalyse bei einer zentralen Instanz zu bündeln oder auf andere Weise für die Güte und Objektivität des Gutachtens zu sorgen. Da das Gutachten aber sowohl der Gemeinde als auch der Kommunalaufsicht nützt, stellte sich dann die Frage der Kostenteilung. Konterkarieren würde das die derzeit tatsächliche Handhabung der Prüfung der Wirtschaftlichkeit. In den seltensten Fällen veranlasst die Kommunalaufsicht erneute Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen, winkt folglich in der Regel die von den Gemeinden eingereichten Analysen prüfungslos oder nach oberflächlicher Prüfung durch. Finanzielle Aufwendungen hat die Kommunalaufsicht also nur dann, wenn sie Zweifel an der Glaubwürdigkeit oder Aussagekraft der eingereichten Gutachten hegt. Zu erwarten ist daher, dass sich Vertreter der Kommunalaufsicht gegen einen Gesetzesentwurf wenden werden, welcher eine paritätische Kostentragungspflicht vorsieht.

Auch wenn also die Aussagekraft der in Auftrag gegebenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen begrenzt ist, beeinflussen sie doch die Auswahlentscheidung der Gemeinde. Diese wird zumindest veranlasst, sich mit der Wirtschaftlichkeit der in Aussicht genommenen Organisationsform zu befassen und diese plausibel zu begründen.

## **2. Kostendeckung**

Eng mit dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit verknüpft ist das Kostendeckungsprinzip<sup>617</sup>.

Kommunale Unternehmen sollen mindestens so viele Einnahmen erwirtschaften, dass ihre Aufwendungen gedeckt sind. Die öffentlich-rechtliche Natur der Anstalt bietet hier eindeutig Vorteile, da zu ihren Gunsten ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet werden kann und weil sie über die rechtliche Befugnis verfügt, Gebühren zu erheben. Die Rechtsformen der GmbH und der AG bieten nur die Möglichkeit, Einnahmen über private Entgelte zu generieren, es sei denn, es handelt sich um eine beliebene Gesellschaft, der durch gesetzliche Anordnung das Recht zur Gebührenerhebung verliehen wurde<sup>618</sup>. Das Kostendeckungsprinzip kann allerdings mit dem Sozialstaatsprinzip konfliktieren, aus welchem sich die Direktive ergibt, Güter und Leistungen, die der Lebensversorgung dienen, zu sozial akzeptablen Bedingungen und Preisen anzubieten. Die Preis- und Gebührengestaltung muss dies berücksichtigen, dies gilt insbesondere dann, wenn sie sonst bei Anhebung bis zur Höhe der getätigten Aufwendungen dazu führen würde, dass nur ein geringer Teil der Bürger die Leistung in An-

---

<sup>617</sup> Vgl. § 75 Abs. 2 S. 1 ThürKO.

<sup>618</sup> Vgl. *Quaas*, NVwZ 2002, 144.

spruch nehmen könnte. Hier besteht der Anreiz, auf das Institut der Quersubventionierung zurückzugreifen, also einen defizitären Teilbereich durch erzielte Überschüsse aus anderen Gebührenteilbereichen auszugleichen<sup>619</sup>. Da hierdurch aber die Gebührenschuldner den kostenunterdeckten Bereich mitfinanzieren, obwohl sie die entsprechende Leistung nicht in Anspruch nehmen, werden sie entgegen Art. 3 Abs. 1 GG und dem Äquivalenzprinzip belastet, weshalb dieses Vorgehen als unzulässig anzusehen ist<sup>620</sup>. Leistungsbereiche müssen getrennt und gebührenrechtlich separat behandelt werden. Handelt es sich allerdings um Teilleistungen, die von demselben Unternehmen erbracht werden, wird das Kostendeckungsprinzip nicht verletzt, da sich dieses auf das Unternehmen in seiner Gesamtheit bezieht und nicht leistungsindividuell gilt<sup>621</sup>. Unternehmensübergreifende Quersubventionierungen sind in den Kommunen hingegen lange geübte Praxis. Weil eine Gewinnmitnahme bzw. -erwirtschaftung erwünscht und von den Gemeindeordnungen auch gestützt wird<sup>622</sup>, ist es zulässig, unrentable öffentliche Unternehmen, die zugunsten der Bürger notwendige Daseinsvorsorgeleistungen erbringen, mit Profiten aus anderen Unternehmen zu bezuschussen<sup>623</sup>, zumal die Gemeinden im Rahmen ihrer Finanzhoheit eigenverantwortlich über die Verwendung erzielter finanzieller Mittel entscheiden.

#### **IV. Zusammenfassung der essentialia bei der Organisationsformenwahl**

Im Folgenden sollen diejenigen Direktiven resümiert werden, deren Einhaltung Voraussetzung für die rechts-, insbesondere verfassungsgemäße Wahl der Organisationsform kommunaler Unternehmen ist. Diese Richtlinien sind zugleich das Raster, welches über die in den anschließenden Kapiteln dargestellten Rechtskleider zu legen ist, um eine Aussage über ihre (derzeitige) verfassungskonforme oder –widrige Ausgestaltung treffen zu können.

Teile der Literatur brechen die zu beachtenden Maximen bei der Organisationsformenwahl auf drei Elemente herunter: Zweckprogrammierung, demokratische Legitimation der Entscheidungsträger und Sicherung von Ingerenzrechten<sup>624</sup>. Diese Grundssäulen sind zwar notwendig, aber nicht hinreichend, um die Voraussetzungen zusammenzufassen, welche für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung und in concreto mit Blick auf die Wahl des Rechtskleides erfüllt sein müssen. Neben das grundrechtlich geforderte Gebot der Verfolgung

---

<sup>619</sup> Quaas, NVwZ 2002, 144 (150).

<sup>620</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2000, 51 (53 f.); Quaas, NVwZ 2002, 144 (150).

<sup>621</sup> Quaas, NVwZ 2002, 144 (150).

<sup>622</sup> Siehe etwa § 75 Abs. 1 ThürKO.

<sup>623</sup> Böttcher/Krömker, NZG 2001, 590 (592).

<sup>624</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 55 ff., 117, 391 f.

eines öffentlichen Zwecks und der aus dem Demokratieprinzip fließenden Forderung der Gewährleistung von Einflussnahmerechten sowie nach demokratischer Legitimation der Staatsgewalt ausübenden Organe und Amtswalter treten (zum Teil denknotwendig) weitere Direktiven. So setzen die demokratische Kontrolle und Steuerung – also die Wahrnehmung von Ingerenzrechten – zwangsläufig voraus, dass Entscheidungsabläufe und Verantwortungsstrukturen bekannt werden, transparent sind. Unklare Unternehmensstrukturen vernebeln Verantwortlichkeiten, verhindern es, Ursachenzusammenhänge und Geschehensabläufe nachzuvollziehen. Die Transparenzmaxime ist daher unabdingbar mit den aus dem Demokratieprinzip deduzierten Bedingungen verknüpft, gewährleistet und unterstreicht ihre Erfüllung.

Die Verpflichtung, Ingerenzrechte zu schaffen und zu sichern, muss allerdings zusätzlich noch dahingehend konkretisiert werden, dass – ähnlich dem Legitimationsniveau – ein bestimmtes Ingerenzniveau erreicht werden muss. Von Organisationsform zu Organisationsform unterscheiden sich die Einflussnahme- und Kontrollmöglichkeiten der Gemeinden, sind abhängig von der Organstruktur und der Kompetenzbreite der Organe sowie dem auf die jeweilige Unternehmensform anwendbaren Recht.

Auch das hinsichtlich seiner inhaltlichen Konturen nicht in aller Deutlichkeit umreißbare Sozialstaatsprinzip ist zwingend zu beachten, wenn und da die Kommunen mittels ihrer Unternehmen in der Regel (notwendige) Daseinsvorsorgeaufgaben wahrnehmen. Zum einen muss dann der Zugang zu der Einrichtung gewährleistet und durchsetzbar sein, zum anderen muss die Gemeinde so auf das Unternehmen einwirken können, dass die von ihm produzierten Güter oder von ihm angebotenen Leistungen zu sozial adäquaten Bedingungen in Anspruch genommen werden können.

Daneben ist das Gebot der Wirtschaftlichkeit, sei es nun grundgesetzlich oder landesverfassungsrechtlich abgeleitet – einfachgesetzlich wird dieses Prinzip näher ausgeformt –, zu beachten. Die Kommune hat sich grundsätzlich gegen die Organisationsform zu entscheiden, die offensichtlich am unwirtschaftlichsten erscheint.

## **V. Rechtsschutz und gemeindeexterne Interventionschancen?**

Äußerst schwierig stellt sich die Beantwortung der Frage nach der Möglichkeit und der Art des zu erlangenden Rechtsschutzes gegen die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in einer bestimmten Organisationsform dar. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Gemein-

deordnungen von Bundesland zu Bundesland in Feinheiten voneinander divergieren. Dies spiegelt sich in den unterschiedlichen Subsidiaritätsklauseln und der unterschiedlichen Rechtsprechung der Gerichte plastisch wider. Das BVerfG könnte insofern, soweit die Verfassungswidrigkeit der Kommunalordnungen oder des gemeindlichen Handelns – was die Wahl der Organisationsform betrifft – moniert werden, Licht ins Dunkel und eine einheitliche Linie auf den Weg bringen.

Im Folgenden geht es weniger um die Frage nach dem Schutz privater Konkurrenten – diese Frage wird lang und breit im Bereich der Subsidiaritätsklauseln geführt. Der von der Privatwirtschaft ersuchte Rechtsschutz über diese Klauseln zielt mehr auf ein Unterlassen der kommunalen Wirtschaftstätigkeit überhaupt hin, nicht aber auf die hier vorzunehmende Untersuchung der Möglichkeiten, wie die **Rechtskleidwahl** der Gemeinden aufsichtsrechtlich oder gerichtlich **dirigiert** werden kann, wenn sie die Pfade der Legitimität verlässt.

Konstatieren lässt sich bisher, dass die Kommunalordnungen kaum Anhaltspunkte bieten, um einer ausufernden, die Grenzen der Legitimität überschreitenden wirtschaftlichen Betätigung und Rechtsformenwahl der Gemeinden Herr zu werden. Schon die Kommunalaufsicht verfügt nicht über genügend Einwirkungsmöglichkeiten, um etwa einem Abweichen von der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks entgegen zu treten. Das Unvermögen der Kommunalaufsicht, vor allem größere Städte wirksam zu kontrollieren, ist nach Feststellungen im Schrifttum auf ein politisches Machtgefälle zurückzuführen, weshalb auf andere Kontrollinstanzen - namentlich die Rechnungshöfe und Gerichte – ausgewichen werden müsse<sup>625</sup>. Allerdings bedürfen die Rechnungshöfe einer Erweiterung ihrer Kompetenzen, weise das allgemeine Haushaltsrecht sie doch bisher noch zu sehr in die Schranken<sup>626</sup>.

Die Handhabe der Kommunalaufsicht ist denn auch davon abhängig, ob der Schrankentrias nur auf die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung von Unternehmen gerichtet ist; dann erweisen sich die kommunalaufsichtlichen Genehmigungsbefugnisse und Informationsrechte als stumpfes Schwert gegenüber nachträglichen, schleichenden Änderungen des Unternehmenszweckes<sup>627</sup>. Besser, und in einigen Gemeindeordnungen so schon normiert<sup>628</sup>, ist ein Rekurs auf die **Betätigung** des Unternehmens, welcher eine fortwährende Betätigungskontrolle ermöglicht. Aber selbst bei positivrechtlicher Ausweisung einer Betätigungskontrolle bleibt

---

<sup>625</sup> Kluth, in: *Stober/Vogel*: Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 38.

<sup>626</sup> Kluth, in: *Stober/Vogel*: Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, S. 38 ff.

<sup>627</sup> Vgl. *Burgi*, *VerwArch* 93 (2002), 255 (261, Fn. 26).

<sup>628</sup> Siehe F. I. 3. a. ee.

fraglich, inwieweit die Kommunalaufsicht bei privaten Gesellschaften – wegen des Vorrangs des bundesrechtlichen Gesellschaftsrechts – in der Lage ist, bei einem Abweichen von der Schrankentrias zu intervenieren. Rechtsschutz und Sicherung von Ingerenzrechten könnten hier ineinander übergehen, wenn man verlangte, dass die Wahl des privatrechtlichen Rechtskleides nur dann zulässig ist, wenn in die Satzung aufgenommen wird, dass die Gesellschaft aufzulösen ist, wenn ein öffentlicher Zweck nicht mehr verfolgt wird und wenn für die Änderung dieser Satzungsbestimmung die Zustimmung der Kommune als Gesellschafterin notwendig ist. Jedoch besteht in der Aktiengesellschaft das Prinzip der Satzungsstrenge. Ein statutarisches Auflösungsrecht, das in Form eines Kündigungsrechts zugunsten der kommunalen Gesellschafterin ausbedungen werden müsste, ist weder in § 262 AktG angelegt, noch besteht im Aktienrecht die Möglichkeit, gesellschaftsrechtliche Regelungen ähnlich frei wie in der GmbH zu begründen<sup>629</sup>. Dort kann ein Kündigungsrecht nach § 60 Abs. 2 GmbHG als Auflösungsgrund aufgenommen werden, jedenfalls aber kann der kündigende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden<sup>630</sup>. In der AG existieren unterdessen keine satzungsmäßigen Auflösungsgründe<sup>631</sup>. Die Kommunalaufsicht könnte also – auch bei entsprechender Änderung der Kommunalordnungen – im Rahmen der Gründung einer AG nicht darauf hinwirken, dass die Kommune auf die Aufnahme dieser Auflösungsklausel drängt. Die GmbH bietet hier freilich mehr Handhabe. Denkbar – und eine entsprechende Adaption der Gemeindeordnungen notwendig machend –, wäre es, die kommunalaufsichtliche Genehmigung von der Aufnahme dieser Klausel abhängig zu machen<sup>632</sup>.

Änderte die GmbH ihren Zweck nach der Gründung in eine unzulässige, reine erwerbswirtschaftliche Zielverfolgung um und würde die Kommune ihre Gesellschafterrechte in Form der statutarisch fixierten Kündigungsmöglichkeit nicht wahrnehmen, hätte die Kommunalaufsicht die ihr allgemein zustehenden Befugnisse auszunutzen: Sie müsste die Gemeinde zunächst auf ihre Verpflichtung hinweisen, die Schrankentrias einzuhalten bzw. zu kündigen. Käme die Kommune dieser Verpflichtung alsbald nicht nach, müsste die Aufsichtsbehörde die notwendigen Maßnahmen anstelle der Gemeinde treffen und vollziehen<sup>633</sup>, d.h. statt der kommunalen Vertreter die Gesellschafterrechte der Gemeinde ausüben und so die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden der Kommune aus dieser zu erreichen suchen. Denn im Rahmen

<sup>629</sup> J. Koch, in: MüKo AktG, § 262 AktG Rn. 19.

<sup>630</sup> J. Koch, in: MüKo AktG, § 262 AktG Rn. 20.

<sup>631</sup> J. Koch, in: MüKo AktG, § 262 AktG Rn. 21.

<sup>632</sup> Vgl. § 73 Abs. 1 S. 4 ThürKO und ähnlich auch in anderen Bundesländern.

<sup>633</sup> § 121 Abs. 1 S. 1 ThürKO.

der sogenannten Ersatzvornahme hat die Kommunalaufsicht dieselben Befugnisse wie die Gemeinde, kann alle erforderlichen rechtserheblichen Erklärungen, die für und gegen die Kommune wirken, abgeben<sup>634</sup>. Problematisch bliebe jedoch die teils erhebliche zeitliche Verzögerung, die zwischen „Zweckänderung“ und kommunalaufsichtlicher Kenntnisnahme liegt. Dies ist zum einen der (bewussten) Schweigsamkeit der Gesellschaft gegenüber den Aufsichtsbehörden, zum anderen möglicherweise aber auch der personellen Unterbesetzung und dem Unvermögen der Kommunalaufsicht, die Aktivitäten aller kommunalen Unternehmen in ihrem Zuständigkeitsbereich ständig im Blick zu haben, geschuldet.

Jedenfalls kann bezüglich der oben geschilderten Lösungsmöglichkeiten der privaten Gesellschaften bisher nur im Konjunktiv gesprochen werden, da die Gemeindeordnungen das Kündigungsrecht nicht als Voraussetzung für die wirtschaftliche Betätigung in GmbH-Form vorschreiben.

Aber auch der von den Gerichten gewährte Rechtsschutz ist nicht zufrieden stellend. Konkurrentenschutz wird zwar zum Teil über die Subsidiaritätsklauseln gewährt, denen in ihrer qualifizierten Form eine drittschützende Wirkung beigemessen wird; auch die Zivilgerichte neigten dazu, über das Wettbewerbsrecht Möglichkeiten zu eröffnen, auf die kommunalwirtschaftliche Betätigung Einfluss zu nehmen<sup>635</sup>. Doch einerseits hat sich der BGH mittlerweile gegen eine Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Regularien bei Verletzung der kommunalwirtschaftlichen Normen ausgesprochen<sup>636</sup>. Andererseits betrifft dies – wie eingangs erwähnt – nicht die Organisationsformenwahl. Dem Privaten geht es in der Regel darum, der Kommune den Marktzutritt gänzlich zu verwehren und nicht etwa nur eine bestimmte Rechtskonstruktion zu verhindern.

Eine Mobilisierung Privater zugunsten der Durchsetzung rechts- und demokratiestaatlicher Organisationsformen in der Kommunalwirtschaft erscheint daher nur möglich, wenn man wie hier vertreten das Erfordernis des öffentlichen Zwecks als Kautele zum Schutz der Grundrechte ansieht und die Strukturdirektive als Mechanismus zur Sicherung der Ingerenzrechte begreift, damit die Gemeinde Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nimmt. Die herrschende Meinung geht indes davon aus, dass die kommunalwirtschaftliche Organisation die Grundrechte privater Dritter nicht berühre<sup>637</sup>. Wie gezeigt schmälert aber die kommunalwirtschaftliche Betätigung die gewerblichen und wettbewerblichen Freiheiten der Privatwirt-

<sup>634</sup> VG Dessau, Urt. v. 12.02.1998 – A 1 K 1316/96 – BeckRS 9998, 41453.

<sup>635</sup> Kluth, in: *Stober/Vogel: Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, S. 39. Anschaulich: OLG München NVwZ 2000, 835 ff., nach dem die kommunalwirtschaftlichen Vorschriften der Gemeindeordnungen zwar keine Schutzgesetze sind, wohl aber Unterlassungsansprüche nach dem UWG begründen können.

<sup>636</sup> BGH NVwZ 2002, 1141.

<sup>637</sup> Grünwald, in: *Danner/Theobald: Energierecht*, 200., 85. EL, Rn. 46.



schaft, mithin werden Grundrechte Privater zumindest praktisch beeinträchtigt. Die Grundrechte vermögen die Organisationswahlentscheidung der Gemeinde zu beeinflussen, wenn man den Topos vom Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren Tragfähigkeit beimisst. Die Gemeinde muss sich dann bei der Wahl des Rechtskleids ausreichend Steuerungs- und Kontrollbefugnisse vorbehalten, da sich sonst die Ausübung von Staatsgewalt weder vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips noch vor dem der Grundrechte legitimieren lässt: Je mehr die Verwaltungsorganisation Bedingungen und Grenzen für die Grundrechtsausübung der Bürger schafft, also inhaltliche Prägewirkung schafft, desto eher entfalten die Grundrechte ihre Schutzrichtung<sup>638</sup>. Die innerhalb des Gemeinderats getroffene Organisationsentscheidung kann jedoch selbst nicht unmittelbar angegangen werden, da diese den Bürger noch nicht in Freiheit und Eigentum beeinträchtigt. Dies wird erst bei dem **Auftreten** der Kommune **am Markt** im Wettbewerbsverhältnis der Fall sein. Der den Rechtsschutz ersuchende Private muss die marktwirtschaftliche Betätigung grundsätzlich erst abwarten, kann aber zumindest bei der Kommunalaufsicht anregen, dass diese bei der Genehmigung der kommunalwirtschaftlichen Tätigkeit die Organisationsform genau zu eruieren hat. Betritt die Kommune jedoch – nach Genehmigung der Kommunalaufsicht – den Markt, hat sich der Private an das Gericht mit der Begründung zu wenden, seine Grundrechte würden missachtet, da eine Rechtfertigung für den Eingriff in Freiheit oder Eigentum nicht ersichtlich sei: Entweder verfolge das Unternehmen schon keinen öffentlichen Zweck oder aber die Verfolgung dieses Zwecks sei dauerhaft nicht gesichert, da sich die Kommune einer Organisationsform bediene, die in dieser Ausgestaltung resp. mangels kommunaler Einflussmöglichkeiten<sup>639</sup> nicht hätte gewählt werden dürfen. Die Grundrechte seien akut gefährdet, da ein Abweichen vom öffentlichen Zweck zu erwarten sei und nicht genügend Möglichkeiten bestünden, dies zu verhindern.

Selbstredend darf die Gemeinde nur in den Formen handeln, die mit höherrangigem Recht – insbesondere der Verfassung – in Einklang stehen. Auch wenn derzeit die Kommunalordnungen bestimmte Organisationsformen der Gemeinde zur Auswahl stellen und diese dann letztlich eine davon wählt, muss gleichwohl überprüft werden, ob das jeweilige Rechtskleid mit grundgesetzlichen Vorgaben konform ist. In letzter Konsequenz ergäbe sich bei als Grund-

---

<sup>638</sup> *Krebs*, in: *Isensee/Kirchhof*: HStR, Bd. V, § 108 Rn. 79.

<sup>639</sup> Siehe Kapitel 4 VIII., wo die Verfassungswidrigkeit der privaten Organisationsformen mangels kommunalrechtlich festgeschriebener, statutarisch vorzusehender Ingerenzrechte und des damit einhergehenden Verstoßes gegen Staatsstrukturprinzipien angesprochen wird.

rechtsverstöße identifizierten Organisationswahlfehlern die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur näheren Prüfung<sup>640</sup>.

Ob sich aber innerhalb der herrschenden Auffassung dieses Verständnis der kommunalwirtschaftlichen Vorgaben durchsetzen wird, ist fraglich. Fraglich ist auch, ob effektiver Rechtsschutz gegen die Rechtskleidwahl dadurch erreicht werden kann, dass der Gesetzgeber durch eine Reform des Kommunalwirtschaftsrechts die grenzziehende Kraft der Schrankentrias akzentuiert, indem er klarstellt, dass die Bedingung der Verfolgung öffentlicher Zwecke auch dem Schutze des privaten Einzelnen zu dienen bestimmt ist, namentlich der Sicherung seiner grundrechtlichen Freiheiten<sup>641</sup>. Denn dies kann allein dann geltend gemacht werden, wenn das jeweilige Unternehmen in seiner konkreten Organisationsform öffentliche Aufgaben erkennbar nicht mehr erfüllt oder wenn mit großer Wahrscheinlichkeit das Abweichen von der Zweckverfolgung absehbar ist. Ein sich sicher abzeichnender Grundrechtseingriff muss grundsätzlich nicht abgewartet werden. Gleichwohl würde sich eine solchermaßen initiierte Klage als stumpfes Schwert erweisen, das wenig geeignet ist, die kommunalrechtlichen Vorschriften zu verteidigen und eine legitime Rechtskonstruktion der öffentlichen Unternehmen zu erwirken. Einerseits wird dem Privaten das Abweichen des Unternehmens von der Verfolgung öffentlicher Zwecke nicht, jedenfalls aber nicht zeitnah, bekannt werden und andererseits sollte es gerade um die Suche nach Möglichkeiten gehen, wie man bereits auf die Auswahl des Rechtskleides einwirken kann, wenn bei diesem schon unsicher ist, ob hiermit dauerhaft öffentliche Aufgaben verfolgt werden. Die eigentliche Krux vor allem bei den privaten Kapitalgesellschaften liegt nicht darin, dass es gesichert erscheint, dass hier einer reinen Erwerbswirtschaft nachgegangen wird, sondern dass die Gemeindeordnungen den Kommunen zu viel Spielraum für die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages lassen. Dies hat bei kleineren und im Umgang mit privaten Rechtskleidern unerfahreneren Gemeinden zur Folge, dass diese sich nicht ausreichend Ingerenzrechte vorbehalten, um im Falle der Missachtung der Zweckklausel einschreiten zu können. „Rechtsschutz“ sollte hier daher so aussehen, dass der Gesetzgeber den kommunalen Spielraum ein Stück weit verengt, indem er vorschreibt, welche Ingerenzrechte in die Satzung oder in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind und damit bereits vor der Ausübung der Wahlentscheidung anknüpft. Zudem hat dann auch die Kommunalaufsicht mehr Handhabe, um ihrer Aufsichtspflicht nachzukommen, kann sie doch im Ernstfall die in der Kommunalordnung verpflichtend vorgeschriebenen und in der Unterneh-

---

<sup>640</sup> Vgl. *Kischel*, Die Begründung, S. 126.

<sup>641</sup> Vgl. *Stober*, NJW 2002, 2357 (2365), der eine gesetzliche Regelungsnotwendigkeit aus grundrechtlichen Schutzpflichten ableitet.

mensgrundlage aufgenommenen Gesellschafterrechte der Gemeinde nach erfolgloser Beanstandung selbst ausüben und so das Unternehmen in die Bahnen des Kommunalrechts zurücklenken.

## Kapitel 4

### Die Privatisierungsbewegung

#### A. Allgemeines

Im Folgenden Kapitel wird es um die Darstellung dessen gehen, was die Privatisierung zu leisten vermag, d.h. welche Vorteile sie bietet. Aufgezeigt werden sollen aber auch die Schwierigkeiten, die sich aus einer Überführung kommunaler Wirtschaftstätigkeit in die Bereiche des Privatrechts ergeben. Die dahinterstehende Erwägung ist, dass sich im anschließenden Kapitel anschaulich demonstrieren lässt, welche Vorzüge die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt demgegenüber bietet.

In der Literatur die Prognose abgegeben worden, die GmbH werde die Eigen- und Regiebetriebe ablösen<sup>642</sup> aus Gründen betriebswirtschaftlicherer Unternehmensführungsmöglichkeiten, haushalts- und kreditbeschaffungsrechtlichen Besserbehandlungen und der rechtlichen wie organisatorischen Selbständigkeit aufgrund der Separierung aus dem gemeindlichen Haushalt und der kommunalen Organisation<sup>643</sup>. Außerdem sollen sich in praxi Tendenzen zeigen, private Schaffenskraft zu stärken, was in Ministerkonferenzen artikuliert werde und sich zudem in der forcierten Einführung der strengen Subsidiaritätsklausel im Gemeindewirtschaftsrecht zeige<sup>644</sup>.

Privatisierungen formeller Art, d.h. die Überführung von in öffentlich-rechtlicher Form geführten Unternehmen in private Kapitalgesellschaftsformen, erfolgen zumeist auch mit dem Ziel, sich eine Option offen zu halten, der Gesellschaft privates Kapital im Falle finanzieller Engpässe zuführen zu können, mithin Beteiligungsgesellschaften zu gründen. Dies wird aber in den Fällen fehlschlagen, in denen sich die Gemeinde in Bereichen betätigt, die wenig oder gar keine Gewinne versprechen. Erfüllt die Kommune mittels dieser unrentablen Unternehmen wichtige Daseinsvorsorgeaufgaben, muss sie eine Organisationsform wählen, die krisenfest ist, damit die Versorgung der Bevölkerung auch über Notzeiten hinweg gesichert ist<sup>645</sup>. Mit anderen Worten: Aus sozialstaatlicher Perspektive gebietet sich die Vermeidung einer

---

<sup>642</sup> Altmeyden, NJW 2003, 2561 (2562).

<sup>643</sup> Altmeyden, NJW 2003, 2561 (2562); Grundlach, LKV 2000, 58.

<sup>644</sup> Stober, NJW 2002, 2357 (2360).

<sup>645</sup> Schulz, BayVBl. 1996, 97 (98); Kuhl/Wagner, ZIP 1995, 433 (435 f.).

Insolvenz dieser kommunalen Unternehmen. Kapitalgesellschaften können grundsätzlich Insolvenzschnldner sein. Aus den soeben genannten sozialstaatlichen Erwägungen heraus wird aber vertreten, dass die öffentliche Hand eine Insolvenzabwendungspflicht treffe<sup>646</sup>.

Dann, wenn private Investitionen unwahrscheinlich erscheinen, ist fraglich, welche Erwägungen für die Wahl der Kapitalgesellschaftsform sprechen sollen. Flexibilitätsvorteile ergeben sich nämlich vor allem aufgrund der Rechtssubjektivität der GmbH oder AG, aufgrund ihrer Selbständigkeit. Allerdings ist auch die Anstalt als juristische Person ein Rechtssubjekt und nicht in die allgemeine Gemeindeverwaltung unmittelbar integriert.

Unabhängig von den im Folgenden eine Privatisierungsentscheidung vermeintlich rechtfertigenden Gründen tauchen Privatisierungstendenzen immer wieder auf, lösen Rufe nach Re-kommunalisierung oder nach Überführung in das Regime des öffentlichen Rechts ab, werden aber auch von diesen wieder verdrängt. Die Privatisierungsüberlegungen sind in der Regel weniger von wirtschaftslenkenden oder –ordnenden denn von monetären Interessen getragen<sup>647</sup>. Es geht letztlich immer um die Fragen: Wie können bestimmte, daseinsvorsorgenotwendige Leistungen sicher angeboten werden und was ist dabei unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten das Kostengünstigste?

Im Folgenden soll zunächst begrifflich und systematisch eruiert werden, was unter „Privatisierung“ zu verstehen ist, welche Privatisierungsgründe in concreto vorgebracht werden und ob sich aus verfassungs- oder einfachrechtlichen Normierungen Privatisierungsverbote ergeben.

## **I. Der Begriff der Privatisierung**

Ganze Bücher könnten gefüllt werden, wollte man das rechtstheoretisch zum Begriff der Privatisierung Vertretene auflisten und sich damit eingehend auseinandersetzen. Geschuldet ist dies der begrifflichen Unschärfe, dem Mangel an einem überkommenen, einheitlichen Bedeutungsverständnis<sup>648</sup>. Eine Konkretisierung lässt sich zumindest durch eine Negativabgrenzung vornehmen. Privatisierung bedeutet immer eine Entfernung vom Bereich des öffentlichen Rechts. Entweder werden dessen Fesseln vollständig gelöst oder zumindest gelockert.

---

<sup>646</sup> Erbguth/Stollmann, DÖV 1993, 798 (807); Ehlers, Verwaltung, S. 321 f.; vgl. Kuhl/Wagner, ZIP 1995, 433 (435 f.).

<sup>647</sup> Püttner, Unternehmen, S. 15.

<sup>648</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585.

Typischerweise nähert man sich der begrifflichen Bedeutungserschließung über eine Kategorisierung. Neben verschiedenen Spielarten ist relativ einheitlich die Unterscheidung zwischen formeller Privatisierung, auch Organisationsprivatisierung genannt, materieller und funktionaler Privatisierung (auch: Erfüllungsprivatisierung) konsentiert. Daneben wird auch die sogenannte Vermögensprivatisierung gefasst, bei der es um die Veräußerung von Vermögensteilen der öffentlichen Hand geht – vor allem von staatlichem Grundstückseigentum oder von Beteiligungen an Gesellschaften<sup>649</sup>. Wegen ihres geringen Bezugs zur Erledigung öffentlicher Aufgaben soll diese Art der Privatisierung hier außer Betracht bleiben.

Bei der formellen Privatisierung bleibt die öffentliche Hand der voll verantwortliche Aufgabenträger, handelt aber über eine private Organisationsform, deren Gesellschafterin sie ist<sup>650</sup>. Erfasst sind kommunale Eigengesellschaften im Gewand der AG oder GmbH.

Die materielle Privatisierung bewirkt, dass sich der Staat vollständig aus der Verantwortung für die Wahrnehmung der Aufgabe begibt, er also deren Erfüllung in private Hände legt. Die Privaten erledigen die Aufgabe in eigener Regie, eigenverantwortlich und selbstständig; sie wird nicht mehr als öffentliche wahrgenommen<sup>651</sup>. In gewisser Hinsicht verbleibt dem Staat dennoch die Verantwortung, in Notzeiten – in Fällen des Marktversagens – regulierend einzugreifen und für die Erledigung der Aufgabe zu sorgen, ihn trifft insofern eine „Reserveverantwortung“<sup>652</sup>. Grundsätzlich aber wird die Sachmaterie in den gesellschaftlichen, vom Staat getrennten Bereich transferiert.

Unter funktionaler Privatisierung versteht man die Einschaltung Dritter zur Durchführung oder Finanzierung einer Sachaufgabe, welche in öffentlicher Gesamtverantwortung verbleibt<sup>653</sup>. Die funktionelle Privatisierung kann als Dauerzustand konzipiert sein oder als Interimslösung, die zwischen formeller und materieller Privatisierung liegt<sup>654</sup>. Da sich die öffentliche Hand hier aber nicht vollständig ihrer Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe begibt, ist hier insbesondere der Frage nach der Steuerbarkeit und Lenkung, der grundsätzlichen Beherrschung des Geschehens Aufmerksamkeit zu schenken<sup>655</sup>. Der Staat

---

<sup>649</sup> *Di Fabio*, JZ 1999, 585.

<sup>650</sup> *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (2); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (588).

<sup>651</sup> *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (2); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 f.

<sup>652</sup> *Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (251 f.).

<sup>653</sup> *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589); *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (765).

<sup>654</sup> *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589).

<sup>655</sup> *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589).

kann sich nicht seiner Erfüllungsverantwortung entziehen, indem er Privatrechtskonstruktionen wählt. Er muss sich ausreichend Ingerenzrechte vorbehalten, denn nur so kann er gegenüber dem Volk bzw. dem Parlament verantwortlich gemacht werden.

In diesem Zusammenhang werden Public Private Partnerships (PPPs) thematisiert. Unter ihnen werden typischerweise gemischtwirtschaftliche Unternehmen/Beteiligungsgesellschaften einbezogen. Wo diese PPPs dogmatisch einzuordnen sind, wird an späterer Stelle geklärt werden<sup>656</sup>.

## **II. Privatisierungsgründe**

Die die Gemeinden zu einer Organisationsprivatisierung verleitenden Gründe, d.h. die Motive für die Wahl privater Kapitalgesellschaftsformen für kommunale Unternehmen, sind vielschichtig. Im Folgenden werden die gängigen Beweggründe aufgelistet und auf ihre Tragfähigkeit untersucht. Dies gibt zugleich einen Vorgeschmack auf Kapitel 5, in welchem die Anstalt des öffentlichen Rechts anhand vorgestellt wird und wo zugleich ein vergleichender Blick auf Konstruktion, Wirkweisen und Möglichkeiten der privaten Kapitalgesellschaften geworfen wird.

### **1. Autonomie**

Öffentlich-rechtliche Rechtskleider haben schon aufgrund der unmittelbaren Unterworfenheit unter das öffentliche Recht eine besondere Nähe zur Verwaltung; der Träger hat damit direkte und sichere Einflussmöglichkeiten<sup>657</sup>. Befürchtet werden deshalb jedoch auch Eingriffe in die Unternehmensführung und damit Verluste an Autonomie. Dies ist allerdings weniger eine Frage des öffentlichen- oder privatrechtlichen Rechtsregimes, welches das Organisationsgerüst konstruiert und damit die Grundlage für die relative Unabhängigkeit der Entscheidungsprozesse innerhalb des Unternehmens von der allgemeinen Gemeindeverwaltung bereitet. Vielmehr ist es die Qualifizierung als juristische Person - als eigenes Rechtssubjekt, als eigener Träger von Rechten und Pflichten - welche die Selbständigkeit des jeweiligen Unternehmens begründet. Auch bei der Anstalt des öffentlichen Rechts ist dies demnach zu erreichen.

---

<sup>656</sup>

Siehe B. I.

<sup>657</sup>

Bohn, Die Anstalt des öffentlichen Rechts, S. 112.

## 2. Wirtschaftlichkeit

Die rechtliche und organisatorische Selbständigkeit des Unternehmens und seiner Organe begünstigt betriebswirtschaftlicheres Handeln, da sich Entscheidungsprozesse verkürzen und die Unternehmensführung professionalisieren kann, ist sie doch insoweit weniger auf eine ständige Rückanbindung an die allgemeine Kommunalverwaltung angewiesen, kann und muss sich an unternehmenssystemexternen Bedingungen – wie denen des Marktes – orientieren. Vermöge der Autonomisierung durch Verselbständigung kann dies grundsätzlich innerhalb kommunalpolitischer Zielvorstellungen stattfinden. Die operative Umsetzung dieser Politik kann gleichwohl strategisch getrennt werden – so zumindest die Hoffnung kommunalpolitischer Akteure<sup>658</sup>. Diese Trennung findet zuweilen in privaten Kapitalgesellschaften in Bereichen statt, die nicht unwesentliche Kostenpositionen darstellen, was durchaus kritisch zu bewerten ist: So werden Tarifentscheidungen in konspirativen Aufsichtsratssitzungen gefällt und am nächsten Tag verkündet – und wie selbstverständlich oder gleichgültig von der Kommunalpolitik hingenommen<sup>659</sup>. Diese kommunalpolitische Lethargie stellt vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips, das zur Wahrnehmung von Ingerenzrechten und zur Verantwortung ermahnt, einen **Misstand** dar. Eine wirksame Kontrolle des Unternehmensgeschehens ist zu bezweifeln, wenn strategische und operative Entscheidungen unternehmensintern beschlossen und von der Gemeinde und ihrer Vertretung (nahezu) prüfungslos durchgewinkt werden. Freilich findet dieses Problem seinen Ursprung in der fehlenden Fachkompetenz der Ratsmitglieder und kann daher ebenso gut auch in kommunalen Unternehmen anderer Rechtsform auftreten<sup>660</sup>. Ohne betriebswirtschaftliches Know How werden die Gemeindevertreter davor zurückschrecken, selbstbewusst auf die Unternehmensleitung einzuwirken, um sie im Sinne des Kommunalrechts und der Kommunalpolitik zu steuern<sup>661</sup>. Diesem nicht organisationsformspezifischen Problem kann nur durch entsprechende Schulungen und Nachlieferungen des notwendigen Wissens begegnet werden.

Fraglich ist daneben, ob zuverlässige Aussagen darüber getroffen werden können, ob sich mit einer Verselbständigung eines Unternehmen oder durch Überführung einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform in eine private Gesellschaftsform Wirtschaftlichkeitsvorteile generieren lassen, verändern sich doch meist Quantität und/oder Qualität der Leistung, sodass es an

---

<sup>658</sup> Bremeier/Brinckmann/Kilian, Public Governance, S. 35.

<sup>659</sup> Bremeier/Brinckmann/Kilian, Public Governance, S. 36.

<sup>660</sup> Vgl. Dietze, Gesprächsprotokoll, 10.04.2014, angefügt im Anhang: Fehlende kritische Hinterfragung der Tätigkeiten des Vorstandes einer Anstalt des öffentlichen Rechts.

<sup>661</sup> Vgl. Altmeyden, NJW 2003, 2561 (2563), der etwa auf das fehlende Interesse kommunaler Gemeinderatsmitglieder hinweist, die Geschäftsführung selbst zu überwachen.



einer Vergleichbarkeit des ex ante- und ex post-Status' fehlt<sup>662</sup>. Darüber hinaus bedarf es zur Beurteilung des wirtschaftlichen Erfolgs auch einer Betrachtung des langfristigen Bestehens des Unternehmens und seiner Positionierung am Markt<sup>663</sup>. Es kann daher nicht allgemeingültig beurteilt werden, ob die bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen erwirtschafteten Gewinne geringer ausfallen oder erzielte Defizite höher sind als bei Unternehmen in Privatrechtsform<sup>664</sup>. Davon gehen offenbar auch die Unternehmen selbst aus, die bei Befragungen angaben, keinen wesentlichen Vorteil im Hinblick auf Professionalisierung der Unternehmensleitung und Wettbewerbsfähigkeit zu sehen<sup>665</sup>. Die Höhe der erzielten Einnahmen ist allerdings nicht nur davon abhängig, inwieweit Kosten gespart werden können, sondern auch davon, wie sich die Preisgestaltung vollzieht. Kommunen, die sich Unternehmen zur Aufgabenerfüllung bedienen, müssen das Sozialstaatsprinzip beachten, d.h. bei der Konzeption der Entgelte für die von ihnen erbrachten Leistungen dafür Sorge tragen, dass die für ein menschenwürdiges Dasein notwendigen Leistungen auch bezahlbar sind. Daher sind bestimmte Gemeindeunternehmen in der Regel Defizitunternehmen, wie dies etwa die kommunalen Verkehrsbetriebe illustrieren.

### **3. Entlastung kommunaler Haushalte**

Privatisierungen (insbesondere funktioneller und materieller Art) werden vor allem von dem Wunsch getragen, öffentliche Haushalte zu entlasten, obgleich rentable öffentliche Unternehmen bei einer Veräußerung an Private keine Haushaltserleichterung bewirken und in unprofitable Unternehmen von der Privatwirtschaft nicht investiert wird<sup>666</sup>. Am ehesten durchführbar sind Teilprivatisierungen, d.h. die schlichte Auslagerung oder Verlagerung von einzelnen Unternehmensbestandteilen und Sachmaterien, wobei auch hier zu prognostizieren ist, dass defizitäre Bereiche bei den Kommunen selbst verbleiben<sup>667</sup>, eine Entlastungswirkung somit auch hier nicht unmittelbar eintritt.

Kostenersparnisse erhofft man sich aber im Rahmen der privaten Organisationsformen durch gelockerte Fesseln des Arbeitsrechts, sind hier doch leichter Kompensationsstrategien zu verwirklichen. Arbeitszeiten können flexibler vereinbart werden ebenso wie die Entgelthöhe bei

---

<sup>662</sup> Püttner, Unternehmen, S. 16.

<sup>663</sup> Püttner, Unternehmen, S. 66.

<sup>664</sup> Püttner, Unternehmen, S. 64.

<sup>665</sup> Breimeier/Brinckmann/Kilian, Public Governance, S. 34.

<sup>666</sup> Püttner, Unternehmen, S. 15.

<sup>667</sup> Ronellenfitsch, in: H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen, § 5 Rn. 18.

Neueinstellungen, wohingegen der Verwaltung in der Regel nur das Streichen von Stellen bleibt<sup>668</sup>.

Die Hoffnung auf Entlastung der Staatsfinanzen durch in privater Verantwortung geführter Unternehmen mit entsprechender Verpflichtung zu ihrer Finanzierung wird indes jäh enttäuscht. Aufgrund der bei der öffentlichen Hand verbleibenden **Reserveverantwortung** ergeben sich hohe Kosten für ihre Überwachungs- und Regulierungstätigkeit<sup>669</sup>. Die erwarteten Einspareffekte fallen daher in der Regel geringer aus als erwartet.

#### **4. Geheimhaltung**

Als fürsprechender Grund wird bei den privaten Unternehmensformen angeführt, hier seien Unternehmensinterna besser geschützt, sei doch die Verschwiegenheit gewährleistet, was zugleich zu mehr Wettbewerbsfähigkeit mangels nach Außendringen strategischer Informationen führe<sup>670</sup>. Nach den §§ 93 Abs. 1 S. 2, 116 AktG (ggf. i.V.m. § 52 GmbHG) sind die Aufsichtsratsmitglieder zur Geheimhaltung vertraulicher Angaben und Geheimnisse verpflichtet. Die Normen sind Ausdruck der allgemeinen Treuepflicht von Organmitgliedern einer Gesellschaft<sup>671</sup>. Fraglich ist, ob Organmitglieder oder kommunale Vertreter in einem in öffentlich-rechtlicher Rechtsform geführten Unternehmen nicht ebenfalls einer Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Korrelat dieser Verpflichtung sind Informationsansprüche der Gemeinde resp. Unterrichts- oder Berichtspflichten der Organmitglieder<sup>672</sup>. Der in der Literatur vertretene Topos, dass diese Unternehmen zwar unmittelbar öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegen, doch das öffentliche Recht keinen allgemeinen Grundsatz der Öffentlichkeit von staatlicher/verwaltungsinterner Informationen gegenüber dem Bürger kenne<sup>673</sup>, kann angesichts des schon aus dem Demokratieprinzip abzuleitenden **Öffentlichkeitsdogmas**<sup>674</sup> bezweifelt werden. Denn die Ableitung der von Organen und Amtswaltern ausgeübten Staatsgewalt aus dem Volkswillen beruht auf der Verantwortlichkeit und Kontrollierbarkeit dieser Stellen, die ohne offen gelegte und nachvollziehbare Willensbildungsprozesse nicht gegeben sind.

---

<sup>668</sup> Bremeier/Brinckmann/Kilian, Public Governance, S. 23.

<sup>669</sup> Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (255).

<sup>670</sup> Bremeier/Brinckmann/Kilian, Public Governance, S. 36.

<sup>671</sup> Schwintowski, NJW 1990, 1009 (1011).

<sup>672</sup> § 97 Abs. 7 BbgKVerf.

<sup>673</sup> Kühne/Czarnecki, LKV 2005, 481.

<sup>674</sup> Faber, NVwZ 2003, 1317 (1318 f.).

Dies fortgedacht ergeben sich auch aus dem Kommunalrecht Informationspflichten der Gemeinde gegenüber den Bürgern über die Veröffentlichung von Beteiligungsberichten<sup>675</sup> oder die grundsätzliche Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen. Für Eigenbetriebe sehen zahlreiche Eigenbetriebsverordnungen Unterrichtungspflichten der Werkleitung gegenüber dem Hauptverwaltungsbeamten und dem Werkausschuss vor<sup>676</sup>. Gleichwohl kennt auch das Kommunalrecht Verschwiegenheitspflichten der Gemeindevertreter<sup>677</sup> oder die Nichtöffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen, wenn übergeordnete Interessen<sup>678</sup> dies erfordern. Dies kann legitimerweise – da Ausdruck einer sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergebenden Güterabwägung - auch in die Satzungen öffentlich-rechtlich konstituierter kommunaler Unternehmen transformiert werden.

#### **a. Grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht in Gesellschaften**

Unterrichtungspflichten gemeindlicher Vertreter in privaten Kapitalgesellschaften gegenüber der Gemeinde bestehen und können statutarisch auch nur vorgesehen werden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, also soweit das wegen Art. 31 GG vorrangige Gesellschaftsrecht für die kommunalen Unternehmen in privater Kapitalgesellschaftsform keine anderweitigen Bestimmungen trifft<sup>679</sup>. Einsichts- und Auskunftsrechte des (kommunalen) Gesellschafters gegenüber dem GmbH-Geschäftsführer gewährt § 51a GmbHG. In § 131 AktG ist das Auskunftsrechts des Aktionärs in der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand niedergelegt. Allerdings sind diese Informationsrechte grundsätzlich auf die Person des Gesellschafters beschränkt, können also nicht ohne Weiteres an gesellschaftsfremde Dritte weitergereicht werden, da das Unternehmensinteresse oberste Priorität hat<sup>680</sup>.

Selbstredend ist das Leitungsorgan der AG auch deren Aufsichtsorgan berichtspflichtig (§ 90 AktG), andernfalls könnte der Aufsichtsrat seine ihm zugedachte Funktion gar nicht erfüllen. Aus der allgemeinen organschaftlichen Treuepflicht folgt auch eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht der Vorstandsmitglieder, welche in § 93 Abs. 1 S. 3 AktG konkretisiert

<sup>675</sup> Bspw. § 117 GO NRW.

<sup>676</sup> Bspw. § 5 Abs.3 EigV Bbg; § 3 Abs. 2 S. 1 EigVO SH.

<sup>677</sup> § 23 Abs. 6 KV M-V; § 40 Abs. 1 ThürKO; § 20 GO Rh.-Pf.; § 48 Abs. 2 GO NRW; Art. 93 Abs. 2 S. 2 BayGO.

<sup>678</sup> Wie z.B. die Funktionsfähigkeit der Verwaltung, aber auch Grundrechte der Bürger – besonders hervorgehoben seien das allgemeine Persönlichkeitsrecht und der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen: *Faber*, NVwZ 2003, 1317 (1320).

<sup>679</sup> § 71 Abs. 4 S. 4 KV M-V, *Kühne/Czarnecki*, LKV 2005, 481 (483).

<sup>680</sup> *Kühne/Czarnecki*, LKV 2005, 481 (483).

wird<sup>681</sup>. Gleiches gilt grundsätzlich für die Aufsichtsratsmitglieder kraft der Verweisung in § 116 S. 1 AktG.

### **b. Sonderfall der §§ 394 f. AktG**

Augenscheinlich lockern die §§ 394 f. AktG das Prinzip gesellschaftsrechtlicher Geheimhaltung zugunsten der Umsetzung des demokratisch fundierten Öffentlichkeitsprinzips im Interesse der Offenbarung von Informationen bzgl. der Betätigung der öffentlichen Hand. Es scheint als würden diese Normen zugunsten der Kommune eine Ausnahme von Berichts- und Verschwiegenheitspflichten machen. Ihre Aufnahme in das Aktiengesetz beruht auf der Forderung nach Sicherstellung einer effektiven öffentlichen Finanzkontrolle<sup>682</sup>. Der Anwendungsbereich dieser Vorschriften ist aber relativ gering<sup>683</sup>. Sie gelten nicht für den Vorstand der Gesellschaft, der weiterhin uneingeschränkt an § 93 AktG gebunden bleibt<sup>684</sup>.

Für Berichte, welche der Kommune als Anteilseignerin gegenüber zu erstatten sind, unterliegen die Aufsichtsratsmitglieder vorbehaltlich der Integrität von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen keiner Verschwiegenheitspflicht, § 394 AktG. Die Vorschrift nimmt Rekurs auf die Auskunfts- und Verschwiegenheitspflichten i.S.d. §§ 93 Abs. 1 S. 2, 116 AktG, stellt von diesen grundsätzlich frei, soweit die Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der sie entsendenden Gemeinde berichtspflichtig sind<sup>685</sup>. § 394 AktG setzt anderweitig begründete Berichtspflichten voraus, ordnet diese aber nicht selbständig an<sup>686</sup>:

Vom Schrifttum<sup>687</sup> in den Blick genommen werden insofern Regelung wie die §§ 53 f. HGrG als Ergänzung zu den §§ 394 f. AktG, welche qua § 49 HGrG für Bund und Länder – und damit auch für die Gemeinden – gleichermaßen gelten. Zweck der der Sache nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen<sup>688</sup> ist es, zu gewährleisten und kontrollierbar zu machen, dass die Beteiligungen der öffentlichen Hand und das öffentliche Vermögen nach kaufmännischen Gesichtspunkten verwaltet werden<sup>689</sup>.

---

<sup>681</sup> Spindler, in: MüKo AktG: § 93 Rn. 113.

<sup>682</sup> Schürnbrand, in: MüKo AktG: § 394 Rn. 3.

<sup>683</sup> Grünewald, in: Danner/Theobald: Energierecht B 1. – Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, Rn. 66b.

<sup>684</sup> Lutter/Grunewald, WM 1984, 385 (392 f.).

<sup>685</sup> Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, Rn. 36.

<sup>686</sup> Schürnbrand, in: MüKo AktG: § 394 Rn. 15; Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 394 Rn. 1, 36.

<sup>687</sup> Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 394 Rn. 5 ff.

<sup>688</sup> Schürnbrand, in: MüKo AktG: Vor § 394 Rn. 50.

<sup>689</sup> Lutter/Grunewald, WM 1984, 385 (386 f.). Über die Möglichkeit der Implementierung einer erweiterten Abschlussprüfung sowie einer örtlichen Unterrichtung durch die Rechnungsprüfungsbehörde: Schürnbrand, in: MüKo AktG: Vor § 394 Rn. 1, 50 ff.

Die Gemeindeordnungen rekurren auch auf die §§ 53 f. HGrG<sup>690</sup>. Dies hat bloß klarstellende Wirkung, soweit es sich um Mehrheitsbeteiligungen an dem Unternehmen handelt. Bei Minderheitsbeteiligungen wirken die Gemeindeordnungen hingegen konstitutiv. In der Literatur<sup>691</sup> wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass es sich bei § 54 HGrG nur um ein Selbstunterrichtungsrecht, nicht aber um eine Berichtspflicht handele, weshalb die tatbestandliche Voraussetzung des § 394 AktG als nicht erfüllt anzusehen sei<sup>692</sup>. Dieses Befugnis steht im Übrigen der Gebietskörperschaft zu, da das Unterrichtsrecht das Gleichbehandlungsgebot des § 53a AktG relativiert und damit als Vorzugsrecht anzusehen ist<sup>693</sup>. Es ist daher ein Mitgliedschaftsrecht, welches der Rechnungsprüfungsbehörde mangels Aktionärsenschaft nicht zustehen kann<sup>694</sup>.

Wegen der bundesrechtlich (Art. 31 GG) angeordneten gesellschaftsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht genügt jedenfalls eine bloß landes- resp. kommunalrechtlich konstruierte Berichtspflicht nicht<sup>695</sup>. Auch die Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht, mit ihrer Forderung nach verfassungskonformer Auslegung des Gesellschaftsrechts wegen der demokratiestaatlich geforderten Prinzipien der ununterbrochenen Legitimationskette und der Kontrolle sowie Steuerung, vermag keine zu ihrer Konkretisierung ergangenen kommunalrechtlich statuierten Berichtspflichten gegen das bundesrechtlich vorrangige Gesellschaftsrecht zu begründen.<sup>696</sup> Erfasst werden aber beamtenrechtlich geforderte Berichte verbeamteter Aufsichtsratsmitglieder an ihre Dienstherren<sup>697</sup> sowie konzernrechtliche Abhängigkeitsberichte, können doch Gemeinden herrschende Unternehmen sein<sup>698</sup>, nämlich dann, wenn sie ein in privater Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrschen<sup>699</sup>. Angemerkt sei insofern außerdem, dass zwar kommunale Einflussrechte durch einen konzernrechtlichen Beherrschungsvertrag (§§ 291 ff. AktG) vermittelt werden können, doch wird hierbei vernachlässigt, dass sich dann vermöge § 302 AktG eine Verlustübernahmepflicht ergibt. Diese konterkariert die gemeinderechtliche Direktive, dass die Verpflichtungen der Kommune ihrer Leistungsfähigkeit entsprechen müs-

<sup>690</sup> Vgl. nur § 75 Abs. 4 S. 1 Nr. 3, 4 ThürKO.

<sup>691</sup> *Schürnbrand*, in: MüKo AktG: § 394 Rn. 15.

<sup>692</sup> Insofern „ergänzen“ die § 53 f. HGrG die §§ 394 f. AktG, vgl. *Koch*, in: *Hüffer*: Aktiengesetz, § 394 Rn. 5.

<sup>693</sup> *Koch*, in: *Hüffer*: Aktiengesetz, § 394 Rn. 16.

<sup>694</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 236. Er und *Koch* (in: *Hüffer*: Aktiengesetz, § 394 Rn. 36) weisen allerdings auch darauf hin, dass der Rechnungsprüfungsbehörde satzungsmäßig die Wahrnehmungszuständigkeit übertragen werden könne, sofern die nach § 54 Abs. 1 HGrG erforderliche Dreiviertelmehrheit (woraan es in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in der Regel an der mangelnden Zustimmung der privaten Aktionäre scheitern wird) erreicht werde.

<sup>695</sup> *Koch*, in: *Hüffer*: Aktiengesetz, § 394 Rn. 2a.

<sup>696</sup> Vgl. Kapitel 3 D. II. 2. a. bb.

<sup>697</sup> *Lutter/Grunewald*, WM 1984, 385 (397).

<sup>698</sup> *Koch*, in: *Hüffer*, Aktiengesetz, § 394 Rn. 2.

<sup>699</sup> BGH NJW 1997, 1855 (1856) – VW-AG. Näheres zum Vorliegen des erforderlichen Abhängigkeitsverhältnisses: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 216 f.

sen<sup>700</sup>, was bei einem durch den Beherrschungsvertrag bedingten, betragsmäßig nicht begrenzten Verlustausgleich nicht eingehalten werden kann<sup>701</sup>.

Eine Erstreckung der Verschwiegenheitspflicht findet sich in § 395 AktG auf Personen, die mit der Beteiligungsverwaltung betraut sind oder die die Betätigung der Gemeinde als Aktionärin, die Gesellschaft selbst oder die Tätigkeit der kommunalen Vertreter im Aufsichtsrat prüfen, also nicht selbst Organmitglieder sind<sup>702</sup>. Über vertrauliche Angaben sowie über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse haben sie Stillschweigen zu bewahren. Aus der Zusammenschau der Paragraphen ist ersichtlich, dass vor allem an die Gemeinde weitergereichte Berichte der Aufsichtsratsmitglieder in nicht öffentlicher Gemeinderatssitzung behandelt werden müssen<sup>703</sup>, denn nach § 395 AktG unterliegen diese Berichte selbst der Vertraulichkeit und dürfen nur an ihrerseits zur Verschwiegenheit verpflichtete Empfänger weitergereicht werden<sup>704</sup>.

Bezweckt wird mit dieser Norm, die Interessen der Gesellschaft an der Vertraulichkeit von Informationen zu wahren<sup>705</sup>. Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit des tatbestandlich erfassten Personenkreises ist entsprechend § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auszulegen<sup>706</sup>. Sachlich erfasst sind die ihnen übermittelten Berichte der Aufsichtsratsmitglieder i.S.d. § 394 AktG samt der beigelegten Unterlagen, aber auch die in den Prüfungsergebnissen i.S.d. § 53 Abs. 1 Nr. 3 HGrG enthaltenen Geheimnisse<sup>707</sup>.

### **c. Conclusio**

Aus demokratiestaatlicher Sicht erscheint eine derart strikte Verschwiegenheitspflicht, wie sie grundsätzlich im Gesellschaftsrecht vorherrscht, bedenklich. Gleiches gilt für einen vor-schnellen Rekurs auf geschäftliche Geheimhaltungsinteressen, die in der Verwaltungspraxis im Rahmen von Privatisierungen häufig als vorrangig gegenüber dem Grundsatz der Gemein-deöffentlichkeit betrachtet werden<sup>708</sup>. Grundsätzlich in öffentlichen Verhandlungen des Ge-

---

<sup>700</sup> § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GO NRW; § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 ThürKO; Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 394 Rn. 2c. Gundlach/Frenzel/Schmidt, LKV 2001, 246 (248 f.).

<sup>701</sup> Müller-Michaelis, in: Hölters: Aktiengesetz, § 395 Rn. 1.

<sup>702</sup> Grünewald, in: Danner/Theobald: Energierecht B 1. – Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, Rn. 66b. VG Berlin, Urt. v. 13.11.2013 – VG 2 K 293.12 = ZUM-RD 2014, 603 (605 f.).

<sup>703</sup> Schürmbrand, in: MüKo AktG: § 395 Rn. 1; Müller-Michaelis, in: Hölters: Aktiengesetz, § 395 Rn. 1.

<sup>704</sup> Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 395 Rn. 3.

<sup>705</sup> Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 395 Rn. 3. Näheres zum Umfang: Müller-Michaelis, in: Hölters: Aktiengesetz, § 395 Rn. 6 ff.

<sup>706</sup> Faber, NVwZ 2003, 1317 (1320).

meinderats geführte Gespräche und Entscheidungen werden bei Betätigung in privaten Rechtskleidern in die internen Gremien der Gesellschaft verschoben<sup>709</sup>.

Auch wenn die in den Organen getroffenen Beschlüsse letztlich der Gesellschafter- oder Hauptversammlung präsentiert und offenbar werden, mithin das Ergebnis vorgestellt wird, ändert dies nichts daran, dass der **Prozess der Entscheidungsfindung undurchsichtig** bleibt. Dieser muss schon deshalb kontrollierbar sein, um überprüfen zu können, ob alle für eine Entscheidung abwägungserheblichen Belange ermittelt und berücksichtigt worden sind. Der gesamte Willensbildungsprozess muss für das Volk bzw. (gemeindliche) Teilvolk durchschaubar bleiben<sup>710</sup>. Das wäre über öffentliche Sitzungen der Leitungs- und Aufsichtsorgane resp. der Gesellschafterversammlung zu erreichen oder in öffentlich tagenden Gemeinderatssitzungen, in denen Beschlüsse gefasst werden, welche das kommunale Unternehmen unmittelbar oder mittelbar über die kommunalen Vertreter<sup>711</sup> binden. In Anbetracht der in privaten Kapitalgesellschaften herrschenden Verschwiegenheitspflicht und des stets - auch gegenüber möglicherweise entgegengesetzten kommunalen Zwecken - vorrangigen Unternehmensinteresses<sup>712</sup> erschiene eine bloß kommunalrechtlich angeordnete Bindung (an öffentliche Interessen) gemeindlicher Vertreter ineffektiv<sup>713</sup>, denn es besteht dennoch die Gefahr, dass sich die kommunalen Vertreter in den unabhängigen Gesellschaftsorganen (obligatorischer Aufsichtsrat in einer GmbH, Aufsichtsrat und Vorstand einer AG) über die vorher gefassten Beschlüsse des Gemeinderats aufgrund ihres autonomen gesellschaftsrechtlichen Mandats hinwegsetzen. Kongruentes Wissen zwischen Gemeinderat und Aufsichtsratsmitgliedern kann rein faktisch nur hergestellt werden, wenn es der Gesellschaft gelingt, allen Gemeinderatsmitgliedern ein Mandat im Aufsichtsrat der privaten Kapitalgesellschaft zu verschaffen<sup>714</sup>. Allerdings wird es in GmbHs mit fakultativen Aufsichtsräten – wegen der in § 52 Abs. 1 GmbHG nicht enthaltenen Verweisung auf § 109 AktG – für zulässig erachtet, gesellschaftsvertraglich die Öffentlichkeit der Aufsichtsratssitzungen anzuordnen<sup>715</sup>.

Konstatieren lässt sich damit zwar, dass Unternehmensinterna in privaten Kapitalgesellschaften besser behütet sind. Unter demokratie- und rechtsstaatlichtheoretischen Gesichtspunkten

---

<sup>709</sup> Erle/Becker, NZG 1999, 58 (59).

<sup>710</sup> BVerfG NJW 1975, 2331 (2335).

<sup>711</sup> Faber, NVwZ 2003, 1317 (1321).

<sup>712</sup> BGHZ 36, 296 (306); Zieglmeier, LKV 2005, 338 (340).

<sup>713</sup> Vgl. aber Art. 93 Abs. 2 S. 2 BayGO. A.A. aber Grünwald, in: Danner/Theobald: Energierecht, B 1. – Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, Rn. 66.

<sup>714</sup> Vgl. Zieglmeier, LKV 2005, 338 (340).

<sup>715</sup> Grziwotz, MittBayNot 2010, 505 (506); Meiski, NVwZ 2007, 1355 (1356 ff.). In Gesellschaften, die dem Mitbestimmungsrecht unterliegen, wird die Geltung von § 109 AktG, woraus sich die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen ergibt, jedoch ausdrücklich angeordnet, siehe nur § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

ist dies indessen nicht zu begrüßen, da dies die Entscheidungsüberprüfung erheblich erschwert.

### **III. Privatisierungsverbote**

Ausdrückliche, absolute Privatisierungsverbote lassen sich dem Grundgesetz nicht entnehmen<sup>716</sup>. Aus dem Demokratieprinzip lässt sich aber im Ansatz zunächst das Gebot der demokratischen Legitimation aller Entscheidungsträger, die Staatsgewalt ausüben, ableiten. Die Rechtsprechung hat zudem nicht nur mit Blick auf Pflicht-, sondern auch auf freiwillige Aufgaben, aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitet, dass die Selbstverwaltungsgarantie die Gemeinden verpflichten könne, sich der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben anzunehmen, sich also eine materielle Privatisierung verbiete<sup>717</sup>. Denn der Inhalt der kommunalen Selbstverwaltung dürfe nicht gleichsam arbiträr durch Abstoßung oder Nichtwahrnehmung ureigener Gemeindeaufgaben ausgehöhlt werden<sup>718</sup>. Diese Feststellung des BVerwG überzeugt mit Blick auf freiwillige Aufgaben nicht. Denn wenn die Gemeinde sich derartiger Aufgaben nicht annehmen muss, sondern dies nach ihrer Einschätzung „nur“ darf, dann ist nicht einzusehen, warum sie diese Aufgaben auch in Zukunft weiter erfüllen muss, obwohl sie sie schon gar zu übernehmen nicht verpflichtet war<sup>719</sup>.

Bis auf wenige, aber für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nicht unmittelbar interessierende Ausnahmen<sup>720</sup> lassen sich der Verfassung grundsätzlich keine Privatisierungsverbote entnehmen<sup>721</sup>. Ebenso wie bei den Staatsaufgaben, welche sich in einem formalen Sinne bestimmen<sup>722</sup>, d.h. nach einer einfachgesetzlichen Bestimmung, werden auch kommunale Pflichtaufgaben positivrechtlich festgelegt, woraus sich zugleich materielle Privatisierungsverbote ergeben<sup>723</sup>.

Freilich können sich aus staatlichen Schutzpflichten bzw. dem Sozialstaatsprinzip Einschränkungen der Privatisierungsmöglichkeiten ergeben, nämlich dahingehend dass die Erbringung existenznotwendiger Leistungen nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleiben oder gänzlich in die gesellschaftliche Sphäre entlassen werden darf<sup>724</sup>. Dies wäre dann der Fall,

---

<sup>716</sup> Schröder, LKV 2007, 207.

<sup>717</sup> BVerwG NVwZ 2009, 1305 ff.

<sup>718</sup> BVerwG NVwZ 2009, 1305 (1307).

<sup>719</sup> So auch Schoch, DVBl. 2009, 1533 (1535).

<sup>720</sup> Siehe Art. 87d ff. GG; Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (229 Fn. 60).

<sup>721</sup> Schoch, DVBl. 2009, 1533 (1536).

<sup>722</sup> Siehe Kapitel 1 C.

<sup>723</sup> Schoch, DVBl. 2009, 1533 (1536 f.).

<sup>724</sup> Schoch, DVBl. 2009, 1533 (1537).



wenn sich ohne Intervention der öffentlichen Hand das gewünschte Versorgungsergebnis nicht erreichen lässt<sup>725</sup>. Diese Konstellationen bedeuten aber nur ein Verbot materieller Privatisierung, die Einschaltung Dritter im Wege funktioneller Privatisierung, aber auch die Organisationsprivatisierung werden nicht ausgeschlossen. Insofern geht es immer nur um die Frage der Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft.

Aufgrund seiner regelhaften Formulierung kann schließlich aus Art. 33 Abs. 4 GG keine allgemeine Privatisierungssperre abgeleitet werden<sup>726</sup>.

Außerdem ist anzunehmen, dass der Verfassungsgeber die privaten Organisationsformen ausdrücklich für unzulässig erklärt hätte, wenn er sie nicht für öffentliche Unternehmen zur Wahl hätte stellen wollen. Denn bereits unter Geltung der Weimarer Reichsverfassung konnten private Kapitalgesellschaften von Gemeinden als Rechtskleid für ihre Unternehmen gewählt werden, auch wenn dies zugegebenermaßen zur damaligen Zeit noch recht unüblich war<sup>727</sup>. Die Betätigung in Privatrechtsform ist also kein neueres Phänomen, sondern war bereits den Vätern und Müttern des Grundgesetzes bekannt.

Grundsätzlich kann demnach davon ausgegangen werden, dass die Verfassung im Hinblick auf die Wirtschaftstätigkeit der Kommunen keine Privatisierungsverbote postuliert, die über das hinausgehen, was zur Gewährleistung derjenigen Aufgaben erforderlich ist, die für das Funktionieren eines Gemeinwesens und menschenwürdigen Daseins unabdingbar sind. Es verbietet sich mit anderen Worten (nur dann) eine Privatisierung – gleich welcher Form –, wenn sie dazu führt, dass existenznotwendige Leistungen flächendeckend und dauerhaft nicht mehr offeriert werden können.

## **B. Public Private Partnership**

Im Rahmen der Untersuchung von Privatisierungen kann man sich nicht der Beleuchtung der sogenannten Public Private Partnerships (Abk. „PPP“; im Deutschen: öffentlich-private Partnerschaft) erwehren. Bei diesen handelt es sich um eine Form der Teilprivatisierung<sup>728</sup>. PPPs finden sich etwa in Gestalt von Verkehrsprojekten (z.B. bei der Entwicklung und Installation von Maut-Systemen), städtischen Ver- und Entsorgungswirtschaften, aber auch bei Kranken-

---

<sup>725</sup> Püttner, LKV 1994, 193 (194); Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft S. 88.

<sup>726</sup> Di Fabio, JZ 1999, 585 (590 ff.).

<sup>727</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 39 f.

<sup>728</sup> Ronellenfitsch, in: H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen, § 5 Rn. 20.

häusern oder KITAs<sup>729</sup>, vor allem aber im Bereich der Stadtentwicklung durch Abschluss städtebaulicher Verträge i.S.d. § 11 BauGB<sup>730</sup>.

PPP-Projekte entwickeln sich in Zeiten angespannter kommunaler Haushalte, quasi aus der Not heraus, um sich weiterhin der freiwilligen und der Pflichtaufgaben annehmen und diese finanzieren zu können<sup>731</sup>. PPP-Sachverhalte sind oft durch Bücher füllende Vertragswerke<sup>732</sup> und hohe Investitionssummen geprägt<sup>733</sup> und bergen gerade wegen ihrer (unüberschaubaren) Komplexität<sup>734</sup> ein großes Gefahrenpotential, denn zunächst attraktive Finanzierungsmöglichkeiten für Großprojekte können sich **langfristig als Kostenfallen** enttarnen. Die öffentliche Hand bleibt nämlich in der Erfüllungsverantwortung für die – wenn auch geteilte – Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe, was bedeutet, dass sie auch bei Problemen während der Projektumsetzung dafür einzustehen hat, dass die Vorhaben tatsächlich auch realisiert werden<sup>735</sup>.

### I. Definition vs. Typusbegriff

Eine eindeutige Definition und Abgrenzung von PPPs ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung nicht konsentiert. Der Begriff ist nicht durch *genus proximum* und *differentia specifica* definierbar. Die begriffliche Erfassung stößt daher auf Schwierigkeiten, an Trennschärfe mangelt es. Die Definitionen der Kommission sind jeweils zu eng gefasst, erfassen nur einen Ausschnitt der in der Lebenswirklichkeit auftretenden Erscheinungsformen<sup>736</sup>.

Nach Auffassung von Teilen in der Literatur ist PPP ein Sammelbegriff für eine Vielzahl von Formen von kurzfristigen oder auf Dauer angelegten Zusammenarbeiten auf vertraglicher Grundlage zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen zum Zwecke der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, ohne dass es sich hierbei um eine (längerfristige oder temporäre) materielle Privatisierung handelt<sup>737</sup>. Rechtsmethodologisch erscheint es allerdings genauer, insofern weniger von einem Sammel- denn von einem Typusbegriff zu sprechen.

---

<sup>729</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 13.

<sup>730</sup> Diederichs, NZBau 2009, 547 (548).

<sup>731</sup> Pegatzky, LKV 2003, 451.

<sup>732</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 16.

<sup>733</sup> Roth, NVwZ 2007, 301.

<sup>734</sup> Siehe das Beispiel der Beteiligung des Landkreises Offenbach an PPP-Projekten, in denen es um die Bewirtschaftung und Instandsetzung von Schulen im Landkreis geht: Kommunalbericht 2015 des Landes Hessen, LT-Drs. 19/2404, S. 338 f. Allein die Anzahl von 97 Basisverträgen mit den PPP-Projektgesellschaften illustriert die Vielschichtigkeit und Schwierigkeit der Handhabung solcher Projekte.

<sup>735</sup> Vgl. Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 16.

<sup>736</sup> Zu diesen Definitionen und ihrer zu engen Fassung: Dreher, NZBau 2002, 245 (246).

<sup>737</sup> Bonk/Neumann, in: *S/B/S: VwVfG*, § 54 Rn. 43 a; Ronellenfitsch, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 5 Rn. 20; Kiethe, NZG 2006, 45; Tettinger, NWVBl. 2005, 1 (2); ders., DÖV 1996, 764.

D.h. dass nicht alle Begriffsmerkmale vollständig erfüllt sein müssen<sup>738</sup>, sondern dass auch die Übererfüllung eines Merkmals das Nichtvorliegen eines anderen kompensieren kann. Die einzelnen „Dimensionen“ müssen in dem Maße verwirklicht sein, dass bei normativer Betrachtung des unter den Begriff zu subsumierenden Sachverhalts noch von einer Erscheinungsform des Typus’ gesprochen werden kann. Das Profil der oben beschriebenen typologischen Betrachtung erfüllen mehrere Modelle, die sich in der Praxis herausgebildet haben. Klassischerweise unterscheidet man einerseits sogenannte Vertrags-PPPs in Form von Betreiber-, Betriebsführungs-, Betriebsüberlassungs-, Management-, Beratungs-, Entwicklungs- und Kooperationsmodellen<sup>739</sup>. In institutionalisierter Form wird aber andererseits auch von Organisations-PPPs gesprochen, in welcher sich Private und die öffentliche Hand in verfestigter Form über die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft vereinigen, also ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen gründen, sie wirken organisatorisch wie ressourcentechnisch zusammen<sup>740</sup>.

Diese Modelle dienen der Konkretisierung des PPP-Begriffs<sup>741</sup>. Die Public Private Partnerships können Elemente einer Organisations- und funktionellen Privatisierung vereinen, es handelt sich aber jedenfalls um eine Unterart der Erfüllungsprivatisierung<sup>742</sup>. Was die kommunale Wirtschaftstätigkeit betrifft, kommen PPPs vornehmlich in Form von Beteiligungsgesellschaften vor, d.h. in Gestalt der Gründung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Der wohl ausschlaggebendste Punkt für die Eingehung öffentlich-privater Partnerschaften dürfte die (Mit-)Übernahme finanzieller Lasten und Haftungsrisiken durch den oder die privaten Partner sein<sup>743</sup>. Daneben tritt die Erwägung, sich private Fachkompetenzen nutzbar zu machen oder Ressourcen Privater zu bedienen.

Der Gesetzgeber hat auf die in der Praxis populärer werdende PPP mit Erlass des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes<sup>744</sup> reagiert, um die Zusammenarbeit zwischen Behörden und Privaten auf bundesrechtlicher Ebene zu erleichtern<sup>745</sup>. Auch im Gemeindewirtschaftsrecht finden sich Regelungen zur Gestaltung von Kooperationen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, doch lassen sich insofern keine einheitlichen Standards erkennen<sup>746</sup>.

<sup>738</sup> Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 16.05.2012 – 7 LC 15/10 = BeckRS 2012, 50836.

<sup>739</sup> Zur Erklärung im Einzelnen: *Bonk/Neumann*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 54 Rn. 43g ff.; *Bauer*, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 14; *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (765 f.).  
<sup>740</sup> *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (3); *Kiethe*, NZG 2006, 45.

<sup>741</sup> *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (2).

<sup>742</sup> *Gröpl*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 89 Rn. 92

<sup>743</sup> *Bonk/Neumann*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 54 Rn. 43b. *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (2).

<sup>744</sup> Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich-Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich-Private Partnerschaften vom 1.9.2005, BGBl. I S. 2676.

<sup>745</sup> *Bonk/Neumann*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 54 Rn. 43.

<sup>746</sup> *Bonk/Neumann*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 54 Rn. 43n.

## II. Motive für die Schaffung von PPPs

Neben den eingangs erwähnten allgemeinen Privatisierungsvorteilen<sup>747</sup>, die prinzipiell auch auf PPPs übertragbar sind, werden im Folgenden die besonders von der kommunalen Praxis unterstellten positiven Aspekte der PPPs vorgestellt, damit diese im sich anschließenden Gliederungspunkt einer kritischen Würdigung der öffentlich-rechtliche Partnerschaften gegenüber gestellt werden können. Im Vordergrund stehen die unmittelbaren Finanzierungsvorteile durch monetäre Bezuschussung von gemeinsam wahrgenommenen Projekten. Daneben erhofft sich die öffentliche Hand auch eine mittelbare Entlastung gemeindlicher Haushalte. Dies ist über eine Senkung der Transaktionskosten denkbar, was wiederum u.a. durch eine schnelle Umsetzung<sup>748</sup> bedingt ist. Niedrige Transaktionskosten werden behauptet, wenn und weil Vertreter der Kommune unmittelbar in den Gremien von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in Kapitalgesellschaftsform vertreten sind, sodass die Vertragserfüllung von PPP-Projekten auch von diesen überwacht werden können<sup>749</sup>. Voraussetzung ist selbstredend, dass die Vertragswerke überschaubar sind – woran es vielfach mangelt<sup>750</sup>. Einsparpotenziale, die bei Initiierung eines PPP-Projektes reizvoll erscheinen, können bei Schwierigkeiten in der Vertragsabwicklung – bei **Leistungsstörungen** – zunichtegemacht werden. Erforderlich ist außerdem, dass die kommunalen Vertreter ihre Überwachungsverantwortung auch als solche ernst nehmen und keine laissez-faire-Attitüde an den Tag legen.

Im Übrigen werden die gegenüber den Unternehmen, welche öffentlich-rechtlich organisiert sind, flexibleren Personalstrukturen hervorgehoben<sup>751</sup>.

Wenn auch als Umgehung rechtspolitisch bedenklich besteht für die öffentliche Hand eine geringere Gefahr, sich einer Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB auszusetzen, sofern der Private über so weitreichende Rechte in Form von Sperrminoritäten verfügt, dass er wesentliche Unternehmensangelegenheiten bestimmen kann<sup>752</sup>, denn bekanntlich verneinte der BGH im sogenannten Kölner Müllskandal die Eigenschaft als „sonstige Stelle“ i.S.d. § 11 Nr. 2 lit. c StGB eines derart strukturierten gemischtwirtschaftlichen Unternehmens<sup>753</sup>. Diese Gesell-

---

<sup>747</sup> Kapitel 4 II.

<sup>748</sup> Diederichs, NZBau 2009, 457 (458).

<sup>749</sup> Sack, in: Blanke/Nullmeier/Reichard/Wewer: Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 161 (166).

<sup>750</sup> Bauer, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf, Verwaltungskooperation, S. 16.

<sup>751</sup> Vgl. Bauer, in: Bauer/Büchner/Hajasch: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 14.

<sup>752</sup> Saliger, NJW 2006, 3377 (3380), der darauf verweist, dass dann auch das Schutzgut der §§ 331 ff. StGB nicht tangiert ist, sollen diese Tatbestände doch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität staatlicher Funktionsträger und in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen schützen.

<sup>753</sup> BGH NJW 2006, 925 f. Wobei der BGH zusätzlich darauf hinweist, dass im Bereich der Daseinsvorsorge auch eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand vorliegen könne, wenn es sich um ein ge-

schaft ist dann nicht mehr als behördenähnlich bzw. als verlängerter Arm des Staates anzusehen<sup>754</sup>.

Für den Privaten, der an der Finanzierung und/oder Entwicklung und/oder Durchführung des Projektes mitwirkt, sind PPPs attraktiv, weil sich ihm neue Geschäftsfelder eröffnen können – er sich mithin die Erlangung von Aufträgen in Zukunft erhofft – und er sich eine Gewinnerwirtschaftung bzw. –beteiligung verspricht<sup>755</sup>.

### **III. Schwierigkeiten bei der Umsetzung von PPPs**

#### **1. Erarbeitung begleitender Vertragswerke**

So verlockend die PPPs aufgrund der Verteilung von Finanzierungslasten auch sein mögen, so schwierig erscheint es in der Praxis vielfach, sie rechtlich wie tatsächlich auf sicheren Boden zu stellen. Ihre schnelle Initiierung und ein rascher Vertragsabschluss können zu Lücken in den begleitenden Vertragswerken führen, die mitunter bewusst hingenommen werden, um Transaktionskosten bei der Ausarbeitung zu sparen<sup>756</sup>. Wird jedoch z.B. die Frage der Vertragsabwicklung oder der Behandlung von Leistungsstörungen unbeantwortet gelassen, ergeben sich im Nachgang hohe Transaktions- und ggf. Rechtsverfolgungskosten.

Die Vertragswerke sind in der Regel in Rahmen- bzw. Basis-, Personalüberleitungs- und Nachtragsverträgen untergliedert<sup>757</sup>. In den Rahmenvereinbarungen werden die gesellschaftsrechtlichen/organisatorischen Grundlagen der Unternehmen aufgeführt, in den Personalüberleitungsverträgen der Übergang der Arbeitsverträge der Gemeinde auf die Unternehmen und in Nachtragsverträgen Änderungen von Leistungsstandards, Abwicklungen von Leistungsstörungen und sonstige Ergänzungen, deren Aufnahme sich im Laufe des Projektes als erforderlich erweist.

Besonderes Augenmerk sollte stets auf die Aufnahme von Qualitätsstandards und genauen Leistungsbeschreibungen gelegt werden, da nur so die Vertragserfüllung kontrolliert werden kann. Wohl auch aufgrund der Langfristigkeit der in öffentlicher und privater Kooperation durchgeführten Projekte zeigt sich häufig die Notwendigkeit der permanenten Anpassung und

---

mischwirtschaftliches Unternehmen handelt, was ebenfalls zu einer Verneinung des Merkmals in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB führen könne (S. 927), vgl. dazu näher: *Saliger*, NJW 2006, 3377 (3379 f.).

<sup>754</sup> BGH NJW 2006, 925 (927).

<sup>755</sup> *Kupjetz/Eftekharzadeh*, NZBau 2013, 142.

<sup>756</sup> *Budäus/Grüb*, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 39.

<sup>757</sup> Vgl. Kommunalbericht 2015 des Landes Hessen, LT-Drs. 19/2404, S. 339 f.

Änderung der vertraglichen Grundlagen, was haftungsrechtliche resp. finanzielle Risiken mit sich bringt<sup>758</sup>. Die Gemeinde muss hier auch immer bedenken, Rückstellungen zu bilden für etwaige Gerichts-, Rechtsberatungs- und sonstige Folgekosten<sup>759</sup>.

Daneben muss die Kommune, sofern der Private hinter den an ihn gestellten Erwartungen bei der Leistungserbringung zurückbleibt oder diese völlig einstellt, dafür sorgen, die Aufgabewahrnehmung vollständig und ohne große zeitliche Verzögerung selbst übernehmen zu können, um Versorgungsengpässe zu vermeiden<sup>760</sup>. Die Gemeinde sollte sich daher bei der Vertragsgestaltung Heimfallrechte oder Rückholoptionen vorbehalten, damit sie bei auftretenden Schwierigkeiten kurzfristig reagieren kann, um ihrer Verantwortung für die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe nachzukommen<sup>761</sup>. Jedoch sollte bei dauerhaft konzipierten PPPs auch nicht jede Abweichung vom vereinbarten Leistungsstandard zu einer Auflösung der Zusammenarbeit führen dürfen<sup>762</sup>, denn die Einarbeitung eines neuen Partners oder die vollständige (Rück-)Übernahme der Leistungserbringung durch die öffentliche Hand könnte mit größeren zeitlichen Verzögerungen oder mit weitergehenden Qualitätseinbußen verbunden sein, als wenn weiterhin mit dem aktuellen Partner zusammengearbeitet und mit diesem eine Lösung konzipiert wird, eingetretene Leistungsstörungen zu beseitigen.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass die Probleme, welche bei der Beendigung einer solchen Partnerschaft entstehen können, nicht ausreichend bedacht werden. Selbstverständlich entbehrt dies nicht jeden Verständnisses, denn „wer spricht bei der Geburt schon gerne über den Tod?“<sup>763</sup>. Andererseits sind aber auch nicht alle Hindernisse zu Beginn der PPP vorhersehbar, sind vielfach durch politische wie tatsächliche Unwägbarkeiten gekennzeichnet, die insbesondere bei langfristig angelegten Partnerschaften auftreten können. Die Vertragsgestaltung ist also Krux und Kautele, Fluch und Segen zugleich: Sind die vertraglichen Grundlagen unzureichend ausgestaltet, sind jahrelange Rechtsstreitigkeiten vorgezeichnet; je detaillierter sie aber sind, desto unüberschaubarer werden sie, könnten aber auch die maßgeblichen Rechtsfragen erschöpfend beantworten. Was den Umgang mit der vertraglichen Fundierung der PPPs betrifft, scheinen aber die Kommunen und ihre Vertreter recht unerfahren<sup>764</sup>.

---

<sup>758</sup> Kommunalbericht 2015 des Landes Hessen, LT-Drs. 19/2404, S. 341.

<sup>759</sup> Vgl. Kommunalbericht 2015 des Landes Hessen, LT-Drs. 19/2404, S. 345.

<sup>760</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 16.

<sup>761</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 16.

<sup>762</sup> Schweiger, NZBau 2011, 137, der darauf hinweist, dass sich hierfür in der Praxis sogenannte Malusregelungen eingebürgert haben.

<sup>763</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 22.

<sup>764</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 16.

## **2. Unsicherer Wirtschaftlichkeitsvorteil**

Ob sich eine PPP letztlich finanziell lohnt, lässt sich nur durch in die Tiefe gehende Wirtschaftlichkeitsanalysen feststellen, in welche insbesondere Anfangsinvestitionen, Betriebs- und Wartungskosten, Instandhaltungs-, Ersatz- und Erweiterungsinvestitionen, Finanzierungskosten, „Risikoprämien“ und Verwertungskosten einzustellen sind<sup>765</sup>. Freilich sind ergänzend Nutzenbetrachtungen anzustellen<sup>766</sup>, da nur so die für die Frage der Wirtschaftlichkeit relevante Kosten-Nutzen-Relation hergestellt und beurteilt werden kann, ob es sich „auszahlt“, eine solche Partnerschaft einzugehen. Im Nachgang kann sich eine PPP nämlich auch als Danaergeschenk erweisen.

Bei Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen sollte daher ein Lebenszyklusansatz gewählt werden, welcher über die gesamte Dauer der PPP – von der Initiierung bis zur Abwicklung oder Beendigung – den Einsatz und den Gewinn an Ressourcen untersucht; dies fördert Kosten-, Preis- und Leistungssicherheit<sup>767</sup>. Hohe Kosten, die während der Laufzeit entstehen und bei einem Alleingang der öffentlichen Hand nicht entstanden wären, können durchaus durch Investitionen des Privaten in sparsamere Einrichtungen (über-)kompensiert werden<sup>768</sup>.

## **3. Rechtsgrundlagen-Patchwork**

Bisher existiert kein einheitlicher, geschlossener Rechtsrahmen für öffentlich-private Partnerschaften<sup>769</sup>. In der Regel besteht eine Vielfalt rechtlicher Regelungen, die sich aus privatem wie öffentlichem Recht zusammensetzt. Neben das jede kommunale Wirtschaftstätigkeit prägende Verfassungs-, allgemeine Verwaltungs-, Kommunal- und Haushaltsrecht treten bürgerlich-rechtliche Regelungen aus dem Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Ebenso können sich steuerrechtliche Besonderheiten ergeben. Darüber hinaus kann – vor allem bei Überschreitung der unionsrechtlich vorgegebenen Schwellenwerte – auch das Vergaberecht von Bedeutung sein, wenn es um die Gründung von Beteiligungsgesellschaften geht<sup>770</sup>. Denn steht die Gesellschaft mit der öffentlichen Hand in einem Verhältnis, das die vergaberechtlichen Kriterien eines öffentlichen Auftrags erfüllt und wird nun der Private zum Gesellschafter, partizipiert er

---

<sup>765</sup> *Diedersichs*, NZBau 2009, 547 (549).

<sup>766</sup> *Diedersichs*, NZBau 2009, 547 (549), der insofern sogenannte Nutzwertanalysen (NWA) oder Kostenwirksamkeitsanalysen (KWA) vorschlägt; dazu auch *Reuter*, NVwZ 2005, 1246 (1248).

<sup>767</sup> *Reuter*, NVwZ 2005, 1246 (1248).

<sup>768</sup> *Kulle*, ZfBR 2003, 129.

<sup>769</sup> *Diedersichs*, NZBau 2009, 547 (549).

<sup>770</sup> *Bauer*, in: *Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf*, Verwaltungskooperation, S. 20 f.; *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1 (6).

zugleich an der Beauftragung durch die öffentliche Hand, ohne ein Vergabeverfahren durchlaufen zu müssen<sup>771</sup>. An das Vergaberecht anknüpfend drängt sich dann auch eine Beachtung des Unionsrechts auf<sup>772</sup>. Erschwerend kommt hinzu, dass auch die gängigen PPP-Modelle unterschiedliche vertragliche Ausgestaltungen – ggf. unter Einflechtung und Respektierung des jeweiligen, für die wahrzunehmende Aufgabe anwendbaren Fachrechts – erfordern. Daher wird in der Literatur der Fokus auf das sogenannte **Privatisierungsfolgenrecht** gelenkt, welches Grenzen und Voraussetzungen solcher Partnerschaften aufbereitet<sup>773</sup>. Hier ist von der öffentlichen Hand zu fordern, dass sie auch bei Eingehung von PPPs ihrer „Gewährleistungsverantwortung“ nachkommt<sup>774</sup>. So sollen die begleitenden Vertragswerke Informationsrechte bzw. Berichtspflichten vorsehen<sup>775</sup>, da die öffentliche Hand nur dann den Fortgang des Projektes und die Beachtung gesetzlicher und kommunalpolitischer Vorgaben überblicken kann. Aber auch Kündigungsrechte und Rückholoptionen gerade im Fall der durch die Kommune nicht mehr steuerbaren Abrückung von der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks sind notwendige Voraussetzung, um verfassungs- und kommunalrechtlichen Normen gerecht zu werden. Wenn aber schon – wie nachfolgend erörtert wird – bei kommunalen Eigengesellschaften die verfassungsrechtliche Zulässigkeit mangels suffizienter und zwingend vorgeschriebener Steuerungsrechte fraglich erscheint, ist dies umso kritischer bei Beteiligungsgesellschaften zu betrachten. Der Private wird sich kaum an die kommunalrechtlich vorgeschriebene Schrankentrias gebunden sehen. Dies müsste gesellschaftsvertraglich eindeutig abgesichert werden, was zugleich die Eingehung von PPPs für den privaten Partner unattraktiver macht. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls hervorzuheben, dass PPPs verfassungsrechtlich mit Blick auf das Demokratieprinzip bedenklich sind, bei welchen vermittelt dem gemeinsam betriebenen Unternehmen Staatsgewalt ausgeübt wird, die öffentlichen Hand aber nicht über genügend Einflussnahmemöglichkeiten verfügt. Denkbar ist dies, wenn der privaten Hand so weitgehende Rechte zugestanden werden, dass diese die Angelegenheiten des Unternehmens weitgehend determinieren kann, was etwa bei Sperrminoritäten der Fall ist, sodass auch bei einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand deren Entscheidungen nicht mehr umgesetzt werden können. Freilich steuern Vetorechte die Geschicke des Unternehmens nur „passiv“. Satzungsänderungen können dann ggf. nicht mehr vorgenommen werden; eine operative Geschäftsfüh-

---

<sup>771</sup> Dreher, NZBau 2002, 245 (247).

<sup>772</sup> Tettinger, NWVBl. 2005, 1 (4).

<sup>773</sup> Tettinger, NWVBl. 2005, 1 (6).

<sup>774</sup> Katz, NVwZ 2010, 405 (409).

<sup>775</sup> Tettinger, NWVBl. 2005, 1 (6); vgl. Budäus/Grüb, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf, Verwaltungskooperation, S. 47.



rung ist genauso wenig möglich<sup>776</sup>. Doch letztlich stellt sich auch die Nichtvornahme einer möglicherweise kommunalpolitisch gewünschten Handlung als Entscheidung dar, namentlich diese nicht vorzunehmen, auch wenn sie erforderlich wäre, um auf geänderte rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse zu reagieren. Eine solch erzwungene Passivität des Unternehmens, ein Unterlassen notwendiger Maßnahmen, kann ebenfalls rechtserheblich sein. Hintergrund solchermaßen auftretender Blockadevorgehen des privaten Gesellschafters können vor allem Konflikte aufgrund widerstreitender Interessen sein. Während es der öffentlichen Hand vornehmlich um die Realisierung öffentlicher Interessen geht (besser gesagt „gehen sollte“), hat der Private ein vitales Interesse an der Maximierung von Unternehmensgewinnen, welche ihm als Anteilseigner zugutekommen.

Problematisch erscheint auch weiterhin der Umgang mit Normenkollisionen zwischen privatem – namentlich dem Gesellschaftsrecht – und öffentlichem Recht<sup>777</sup>. Unter anderem wegen dieses Konflikts, welcher es im Ernstfall – insbesondere bei der AG und der mitbestimmten GmbH – unmöglich macht, kommunalrechtliche Weisungsrechte gegenüber gemeindlichen Vertretern als Mitglieder der Aufsichts- oder Leitungsorgane zu etablieren, ist die Verfassungsgemäßheit der Wahl der Privatrechtsform nach der derzeitigen Ausgestaltung der Kommunalordnungen zu bezweifeln<sup>778</sup>.

#### **4. Auswirkungen auf Gebühren- und Tarifgestaltung**

Zahlt die öffentliche Hand an den Privaten Partner aufgrund der PPP ein Entgelt, wird er versuchen, diese Kosten bei der Gebührenkalkulation in Ansatz zu bringen. Fraglich ist, ob den Nutzern hierdurch ein Nachteil geschieht, sie mithin mehr zahlen, als wenn die öffentliche Hand die Leistung vollständig in Eigenregie erbracht hätte. Das einfachgesetzlich angeordnete Kostendeckungsprinzip besagt, dass die veranschlagten Gebühren einerseits die anfallenden Kosten decken müssen, diese aber andererseits auch nicht überschreiten dürfen<sup>779</sup>. Zu den anfallenden Kosten zählt grundsätzlich auch das, was die öffentliche Hand dem Privaten als Entgelt für dessen Leistungen zahlen muss, wenn dieser im Rahmen der Erfüllungsprivatisierung als Verwaltungshelfer tätig wird. Dieses Entgelt rechnet die Kommune dann dem Kunden gegenüber in Gebührenbescheiden ab<sup>780</sup>. Inkludiert werden können auch Gewinnzuschlä-

---

<sup>776</sup> Vgl. BT-Drs. 16/3262, S. 2.

<sup>777</sup> *Kiethe*, NZG 2006, 45.

<sup>778</sup> Dazu siehe C.

<sup>779</sup> *Reuter*, NVwZ 2005, 1246 (1249).

<sup>780</sup> *Stenneken*, NVwZ 2004, 1454.

ge für die Leistungen dieser Dritten<sup>781</sup>. Erbringt die Kommune die Leistungen selbst, kann sie ebenfalls, aber nur begrenzt, Gewinne in die Gebührenberechnung einfließen lassen. Relativ einheitlich ergibt sich aus den Kommunalabgabengesetzen der Länder, dass eine Eigenkapitalverzinsung zulässig ist<sup>782</sup>. Höhere Gewinnmargen im Sinne der privatwirtschaftlichen Unternehmergewinne darf sie aber wegen des **Kostenüberschreitungsverbots** nicht veranschlagen<sup>783</sup>. Problembehaftet wird es, wenn es sich um gemischtwirtschaftliche Unternehmen handelt, für deren Leistungen die Kommune ebenfalls Gebühren erhebt, in welchen die öffentliche Hand den zulässigen Gewinnzuschlag von Verwaltungshelfern einrechnet. Dieser Zuschlag ist im Entgelt enthalten, das die Kommune an den Helfer für dessen Leistungen zahlen muss. An diesem partizipiert die öffentliche Hand dann in Beteiligungsgesellschaften, obgleich sie ihn bei Erledigung der öffentlichen Aufgabe ohne private Beteiligung nicht veranschlagen dürfte<sup>784</sup>. Damit die Kommune nicht mehr erhält, als ihr zusteht, muss der auf die Gemeinde anfallende Anteil am Gewinnzuschlag von der Kostenposition der Fremdleistung abgezogen werden<sup>785</sup>. Letztlich darf die öffentliche Hand nicht mehr an Gewinnen erhalten, als sie bekäme, wenn sie die Partnerschaft nicht eingegangen wäre. Mithin handelt es sich um ein Umgehungsverbot.

Zu bedenken ist außerdem, dass die von der öffentlichen Hand erstellte Gebührenkalkulation den Interessen des Privaten, der einer betriebswirtschaftlichen Denkweise verhaftet ist, widersprechen kann. Diesem geht es um Gewinnmaximierung, welche er insbesondere durch Kapazitätsauslastung zu erreichen sucht<sup>786</sup>. Im Abfallbereich müsste auf eine Erzielung möglichst hoher Abfallmengen hingewirkt werden, doch schreibt das Abfallrecht den Vorrang der Abfallvermeidung vor<sup>787</sup>, was die öffentliche Aufgabe in materieller Hinsicht konkretisiert und dazu führt, dass die Kommunen ihr Engagement in Richtung Kapazitätsauslastung zurückschrauben sollten, gleich ob sie allein oder im Rahmen von PPPs handeln<sup>788</sup>. Die laufenden Kosten für die Bereitstellung und den Betrieb der Anlagen bleiben jedoch, was sich in Form höherer Gebühren zulasten des Bürgers auswirken kann. Hieran zeigt sich, dass sich in spezi-

<sup>781</sup> OVG Greifswald, Urt. v. 25.02.1998 – 4 K 8/97 und 4 K 18/97 = BeckRS 1998, 16710, Rn. 89; *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (395); vgl. auch § 6 Abs. 2 S. 4 KAG NRW, wonach zu den Kosten auch die Entgelte für in Anspruch genommene Fremdleistungen zählen. In Thüringen werden diese Fremdleistungen unter den Begriff der „nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten“ im Sinne des § 12 Abs. 2 S. 1 ThürKAG gezählt: OVG Weimar, Urt. v. 06.02.2013 – 1 KO 1034/10 = BeckRS 2013, 52374.

<sup>782</sup> Dazu und zur Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung der Kommune: *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (394 f.).

<sup>783</sup> OVG Greifswald, Urt. v. 25.02.1998 – 4 K 8/97 und 4 K 18/97 = BeckRS 1998, 16710, Rn. 90.

<sup>784</sup> *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (396).

<sup>785</sup> OVG Greifswald, Urt. v. 25.02.1998 – 4 K 8/97 und 4 K 18/97 = BeckRS 1998, 16710, Rn. 91.

<sup>786</sup> *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (394).

<sup>787</sup> § 6 Abs. 1 KrWG.

<sup>788</sup> *Wiesemann*, NVwZ 2005, 391 (394).

ellen Daseinsvorsorgebereichen auch eine Gewinnmaximierung für den privaten Partner aufgrund speziellen Fachrechts verbieten kann. Höhere Gebühren fallen für den Bürger aber im Vergleich zu der in kommunaler Eigenregie durchgeführter Aufgabenerledigung nicht an.

### **C. Verfassungsmäßigkeit der Privatrechtsform für gemeindliche Unternehmen?**

Die privaten Organisationsformen von Unternehmen im Allgemeinen sind selbstredend nicht verfassungswidrig, sondern bieten zunächst einmal Privatrechtssubjekten Möglichkeiten, sich kollektiv einer wirtschaftlichen Betätigung zu widmen bzw. ihre Freiheits- und Eigentumsgrundrechte zu verwirklichen<sup>789</sup>. Der Zusammenschluss mit anderen in Vereinen, Verbänden und Assoziationen sonstiger Art gehört zu den „elementaren Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit“<sup>790</sup>. Die Verfassungsmäßigkeit der Wahl dieses Rechtskleides für die Erledigung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand steht aber in Frage. Sie weisen **strukturelle Defizite** auf<sup>791</sup>.

In dieser Arbeit wird der Topos für zutreffend<sup>792</sup> befunden, dass die derzeitige **Praxis** der Kommunen bei der Handhabung der vage formulierten kommunalwirtschaftlichen Vorgaben verfassungswidrig ist, was auch die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Normen bedeutet. Von den in diesem Abschnitt dargestellten Steuerungs- und Kontrollmechanismen, welche bei ihrer Umsetzung in Summe ein Einflussnahmedefizit und damit die Verfassungswidrigkeit ausschließen, wird nicht ausreichend Gebrauch gemacht.

Es wird außerdem herausgearbeitet, welche Kautelen fakultativ – d.h. grundsätzlich auch entbehrlich – sind und daher bei Nichtumsetzung kein verfassungsrechtlich relevantes Ingerenzdefizit bedeuten, sondern nur der zusätzlichen Absicherung der Kommune dienen.

Feststellen lässt sich jedoch derzeit, dass die Gesellschaftsverträge durch eine weitgehende Vernachlässigung von Steuerungs- und Kontrollrechten gekennzeichnet sind<sup>793</sup>. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die Kommunalverfassungen wie auch die Gesellschaftsstatute weniger durch „Über“- denn durch „**Unternormierungen**“ gekennzeichnet sind; Ingerenzrechte zugunsten der öffentlichen Hand als Gesellschafterin sind in der Regel unzureichend

---

<sup>789</sup> Steding, NZG 2003, 57.

<sup>790</sup> BVerfGE 38, 281 (303).

<sup>791</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 173 ff., 393.

<sup>792</sup> A.A. Ehlers, DÖV 1986, 897 (898 Fn. 7), der meint, dass sich die Verfassungswidrigkeit der privaten Organisationsformen insofern kaum nachweisen lasse.

<sup>793</sup> Kommunalbericht 2005 des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein, S. 123 – abrufbar unter: [http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/komu\\_bericht2005.pdf](http://www.landesrechnungshof-sh.de/file/komu_bericht2005.pdf), zuletzt aufgerufen am 10.03.2016 um 12:00Uhr.

gewährleistet<sup>794</sup>. Zumal die Gemeindeordnungen vielfach nur „Hinwirkungspflichten“ vorsehen<sup>795</sup>, d.h. vorschreiben, dass sich die Kommunen etwa dafür einsetzen sollen, dass ihnen bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsstatuts das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in das Aufsichtsorgan des Unternehmens zu entsenden<sup>796</sup>, ihnen im fakultativen Aufsichtsrat Weisungen zu erteilen<sup>797</sup> oder dass Befugnisse im Sinne des § 53 HGrG eingeräumt werden<sup>798</sup>. Teilweise wird auch zwischen Mehrheits-, dann werden zwingende Vorgaben hinsichtlich der Satzungs-gestaltung gemacht, und Minderheitsbeteiligungen unterschieden, bei denen schlicht eine Hinwirkungspflicht besteht<sup>799</sup>. Ausgehend von der Prämisse, dass sich staatliche Wirtschafts-teilnahme – gleich ob sie sich in Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften, und dort unabhängig davon ob die Gemeinde Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafterin ist, vollzieht – nur rechtfertigt, wenn sie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, stößt eine Regelung wie § 87 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 GO Rh.-Pf. auf Unverständnis. Danach soll die Gemeinde bei einer Beteiligung von bis zu 50% lediglich darauf hinwirken, dass der öffentliche Zweck nachhaltig erfüllt wird. Diese Formulierung sagt aber zugleich aus, dass die Gemeinde auch von der Einwirkung absehen kann, dass der öffentliche Zweck verfolgt wird. Unternehmen, in denen die öffentliche Hand nicht Mehrheitsgesellschafterin ist, müssen danach also nicht dauerhaft zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben instrumentalisiert werden.

Bedingt durch ein mangelndes Steuerungsinteresse<sup>800</sup>, ungenügende oder doch zumindest verbesserungswürdige Informationsflüsse zwischen Kommune und Gesellschaft<sup>801</sup>, durch fehlende Erfahrungen oder ungenügende (kommunalaufsichtliche) Instrumente des korrigierenden Eingreifens ist die Verfassungskonformität der wirtschaftlichen Betätigung in Privat-rechtsform gefährdet.

Einleitend illustrieren lässt sich dies an der in den meisten Kommunalordnungen vorzufin-denden Wendung, dass sich die Gemeinde in den Rechtsformen des privaten Rechts nur wirt-schaftlichen betätigen darf, wenn sie „angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Gremium erhält“<sup>802</sup>. Die Formulierung „angemessener Einfluss“ stellt einen

<sup>794</sup> Kommunalbericht 2005 des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein, S. 123; *Mann*, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 46 Rn. 12.

<sup>795</sup> Etwa § 108 Abs. 2 S. 2, 3, Abs. 3 GO NRW.

<sup>796</sup> Art. 93 Abs. 2 S. 1 BayGO.

<sup>797</sup> § 102 Abs. 5 S. 2 GO SH.

<sup>798</sup> § 112 Abs. 2 GO NRW.

<sup>799</sup> § 111 Abs. 1, 3 KSVG.

<sup>800</sup> *Mann*, in: *Mann/Püttner*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 46 Rn. 12.

<sup>801</sup> Kommunalbericht 2005 des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein, S. 123.

<sup>802</sup> Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BayGO; § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ThürKO; ähnlich auch: § 103 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO BW; § 96 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BbgKVerf; § 122 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 HGO; § 69 Abs. 1 Nr. 4 KV M-V; § 137 Abs. 1 Nr. 6

unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen Anwendung und Auslegung grundsätzlich vollständig gerichtlich überprüfbar ist<sup>803</sup>, es sei denn, die gerichtliche Kontrolle ist aufgrund der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums begrenzt. Nach der normativen Ermächtigungslehre<sup>804</sup> liegt ein solcher dann vor, wenn die Verwaltung durch das Gesetz selbst zur abschließenden Beurteilung ermächtigt wird, was durch Auslegung zu ermitteln ist<sup>805</sup>. Die Zuerkennung dieses Spielraums liegt in der Regel in der Schwierigkeit begründet, die notwendigen gesetzlichen Ergänzungsleistungen zu liefern. Gerade in Bereichen, die ständigen technischen Aktualisierungen unterliegen, die Prognosen erforderlich machen oder besonders komplex sind, wird üblicherweise die Verwaltung als kompetenter angesehen, eine Letztentscheidung über die Handhabung dieser Sachbereiche zu treffen<sup>806</sup>.

In der Literatur wird vertreten, dass sich die Frage der Angemessenheit des Einflusses nach der Unternehmensgröße und der Art der wahrgenommenen Aufgabe richte<sup>807</sup>, aber auch nach dem Umfang und der Größe der gemeindlichen Beteiligung im Unternehmen, d.h. dass sich am Anteil der Vertreter in den Gesellschaftsorganen, an der Beteiligungsquote orientiert werden müsse<sup>808</sup>. Die öffentliche Hand übt aber über ihre Unternehmen – auch bei kommunaler Minderheitsbeteiligung - Staatsgewalt aus<sup>809</sup>, weshalb sich aus dem Demokratieprinzip die Verpflichtung zur effektiven Steuerung des Unternehmens durch die öffentliche Hand ergibt. Ist die Kommune in den Gesellschaftsorganen nicht repräsentativ vertreten, fehlen ihr Handhabemöglichkeiten, um die Geschicke des Unternehmens zu beeinflussen, die Gefahr, überstimmt zu werden, ist groß.

Würde man vertreten, dass aus dem Gebot des angemessenen Einflusses eine zwingende Forderung in dem Sinne zu folgt, dass genau bestimmte kommunale Ingerenzrechte in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind, und sollte die gemeindliche Praxis diese Formulierung bisher lediglich missverstanden und daher auf eine gesellschaftsvertragliche Fixierung verzichtet haben, könnten zunächst einmal mahnende Worte der Verwaltungsgerichte genügen, um der mindestens dem Demokratieprinzip widersprechenden Handhabung des einfachen Rechts zu begegnen. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des BVerfG über Verständi-

---

NKomVG; § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NRW; § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO Rh.-Pf.; § 110 Abs. 1 Nr. 3 KSVG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 SächsGO; § 129 Abs. 1 Nr. 3 KVG LSA; § 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO Schl.-H.

BVerfG NJW 1991, 2005 (2006) – Juristenprüfung; BVerwG NVwZ 1995, 707 (708).

BVerwG NVwZ 1995, 707 (708); *Wahl*, NVwZ 1991, 409 (410 f.).

Dazu: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 31 ff.

BVerfGE 84, 34 (50); *Wahl*, NVwZ 1991, 409 (411).

*Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339 (345); *Mann*, VBl.BW 2010, 7 (11).

*Altmeyden*, NJW 2003, 2561 (2563); *Wehrstedt*, MittRhNotK 2000, 269 (275).

Siehe Kapitel 3 D. III. 1.

gungen im Strafverfahren zu rekurrieren. Das BVerfG hat darin konstatiert, dass „gesetzliche Regelung, gegen die in der Rechtsanwendungspraxis in verfassungswidriger Weise verstoßen wird, [...] nur dann auch selbst das Grundgesetz [verletzen], wenn die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin Ausdruck eines strukturell bedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits ist“<sup>810</sup>. Das feststellbare Vollzugsdefizit betreffend Deals im Strafverfahren sei aber nicht auf ein strukturelles Regelungsdefizit zurückzuführen, sondern beruhe auf sonstigen und vielschichtigen Gründen. Allerdings treffe den Gesetzgeber eine **Beobachtungspflicht**, er habe den Gesetzesvollzug in Zukunft zu überwachen und gegebenenfalls sein **Regelungskonzept** zu **überarbeiten**, sollte sich die gesetzeswidrige Anwendung der Verständigungsnormen nicht einstellen<sup>811</sup>.

Einige Kommunalordnungen ordnen an, dass die Einflussrechte mindestens gesellschaftsvertraglich oder satzungsrechtlich zu inkorporieren sind<sup>812</sup>. Dem allein können jedoch konkrete Einflussnahmerechte – etwa Entsende-, Benennungs-, Vorschlags-, Stimmrechte und dergleichen – nicht entnommen werden. Hätte der Gesetzgeber bestimmte Ingerenzrechte im Auge gehabt, hätte er einen entsprechenden Katalog festgeschrieben. Stattdessen ist vielmehr davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst offenlassen wollte, wie sich die Gemeinde ihren Einfluss in dem Unternehmen – ggf. auch abhängig von ihrem Beteiligungsanteil – sichert. Diese Intention ist durchaus verständlich, denn der Einsatz kommunaler Unternehmen und die von diesen wahrgenommenen Aufgaben sind vielgestaltig, von örtlichen wie sonstigen tatsächlichen Gegebenheiten sowie von den Bedürfnissen der Bürger abhängig. Gleichwohl spricht dies nicht gegen eine Praxisuntauglichkeit einer Enumeration von unerlässlichen Ingerenzrechten. Bei Eigengesellschaften ist nicht ausgeschlossen, dass diese weiterhin von der Unternehmensleitung flexibel – ohne wesentlich störende kommunalpolitische Einflussnahmen – geführt werden können. Im Rahmen von Beteiligungsgesellschaften wird eine darüber hinausgehende autonome Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit Privaten nicht verhindert. Gesichert wird lediglich eine Wahrung demokratischer, grundrechtlicher und sonstiger verfassungsrechtlicher wie einfachgesetzlicher Vorgaben.

<sup>810</sup> BVerfG NJW 2013, 1058 (1070), Rn. 118.

<sup>811</sup> BVerfG NJW 2013, 1058 (1070), Rn. 119 und 121. An späterer Stelle wird eruiert werden, ob bei der kommunalen Wirtschaftstätigkeit andere als strukturelle Normdefizite das Vollzugsdefizit bedingen: Kapitel 4 C. VIII.

<sup>812</sup> § 69 Abs. 1 Nr. 4 KV M-V; § 137 Abs. 1 Nr. 6 NKomVG; § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NRW; § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO Rh.-Pf.

In der Literatur wird gefordert, dass zumindest der öffentliche Zweck in den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung aufgenommen wird<sup>813</sup>, um dem Manko entgegenzutreten, dass – bis auf in nicht mitbestimmten GmbHs<sup>814</sup> - die Kommune ihren Vertretern in den Aufsichts- und Leitungsgremien keine Weisungen erteilen darf. Denn wenn der öffentliche Zweck als Unternehmenszweck aufgenommen wird, entspricht das Unternehmensinteresse dem kommunalpolitischen, d.h. die Organe und Organmitglieder sind diesem unmittelbar verpflichtet. Nur bei Beachtung des öffentlichen Zwecks wird zum Wohle der Gesellschaft gehandelt<sup>815</sup>. Als ultima ratio, um schwerwiegenden Verstößen der Vorstands- und/oder Aufsichtsratsmitglieder gegen diesen Zweck zu begegnen, könnte eine sogenannte actio pro socio<sup>816</sup> des kommunipalen Gesellschafters fruchtbar gemacht werden. Der Klageweg ist allerdings mühsam, mitunter langwierig und könnte das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Kommune einerseits sowie die Zusammenarbeit der Organe innerhalb der Gesellschaft nachhaltig aufstören, was sich nach außen hin zulasten des Bürgers auswirken kann. Bei privaten Organisationsformen ergeben sich jedoch nicht nur Probleme bei der Umsetzung kommunalrechtlicher/verfassungsnormativer Vorgaben, sondern auch Schwierigkeiten im Umgang mit Kapitalgesellschaften aufgrund häufig nicht ausreichend ausgeprägten betriebswirtschaftlichen Know-Hows kommunaler Akteure<sup>817</sup>. Das birgt die Gefahr, dass sie die ihnen gesellschaftsrechtlich zulässigerweise zur Verfügung stehenden Steuerungsmöglichkeiten nur unzureichend oder gar nicht einsetzen. Dies wird im Folgenden genauer untersucht und einer kritischen Würdigung unterzogen.

Diese verfassungsnormative Vorgaben in beunruhigender Weise vernachlässigende Praxis deutet auf ein verfassungsrechtlich relevantes Regelungsdefizit im Diktus des oben genannten bundesverfassungsrechtlichen Urteils hin<sup>818</sup>. Am Ende dieses Abschnitts wird auf das Dogma der Rückführbarkeit einer verfassungswidrigen Praxis auf strukturelle Regelungsdefizite näher eingegangen. Hierbei wird insbesondere die noch sich an der Oberfläche bewegende Rechtsprechung des BVerfG zu Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers und zu entsprechenden legislatorischen Nachbesserungspflichten bei zu Tage tretender Fehlerhaftigkeit der einst zugrunde gelegten Prognose ventiliert. Es wird sich dann außerdem mit der in der Litera-

<sup>813</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 131, 235 f.; *Stober*, NJW 1984, 449 (455); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 184, 187, 197 f., 206, 229, 265 f.

<sup>814</sup> Dazu unter C. III. 1. c. cc.

<sup>815</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 235.

<sup>816</sup> *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 227.

<sup>817</sup> *Lutter/Grunewald*, WM 1984, 385 (387).

<sup>818</sup> BVerfG NJW 2013, 1058 (1061), Rn. 64 – „Urteilsabsprachen“.

tur vertretenen Auffassung auseinandergesetzt, dass gegen detailliertere gesetzliche Ausgestaltungsvorgaben Bedenken vor dem Hintergrund der Selbstverwaltungsgarantie bestehen<sup>819</sup>.

## I. Allgemeines

Ausgangspunkt bildet zunächst der Umstand, dass Privatrechtssubjekte grundsätzlich keine „Behörden“ sind<sup>820</sup>. Das Verhältnis zwischen gemeindlichen Gesellschaften zur Gesellschaft stellt sich folglich anders dar als zu sonstigen Einrichtungen, denen ein Behördenstatus zuzuerkennen ist: Die Beziehung zwischen Behörden untereinander ist durch ein Verhältnis der Über-/Unterordnung geprägt (Behördenhierarchie), wobei alle Behörden einer Aufsicht unterliegen, sich aber auch gegenseitig Rechts- und Amtshilfe leisten<sup>821</sup>. Diese Prinzipien lassen sich nicht auf Kapitalgesellschaften, auch wenn die Gemeinde Anteile an ihnen hält, übertragen.

Zum anderen lassen sich in den Kommunalordnungen durchaus kritisch zu würdigende Konzeptionierungen im Umgang mit privaten Rechtskleidern feststellen, entsteht doch der Eindruck, Kapitalgesellschaften sollen vor allem monetäre Vorteile bieten bzw. wird der Fokus auf die Erhaltung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gemeinden gelegt<sup>822</sup>. In den Hintergrund tritt demgegenüber die Verwendung von Unternehmen als Vehikel zur Erfüllung öffentlicher Zwecke.

Zwar besteht allgemein das Problem, dass in Bezug auf die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen gängige Kontrollmechanismen versagen<sup>823</sup> bzw. die Kommunalaufsicht wie auch die Gerichte ihre Kontrollmöglichkeiten nicht genügend ausnutzen, doch verschärft sich dies bei privaten Organisationsformen, da hier zum einen noch geringere Einwirkungsmöglichkeiten bestehen, die aus der öffentlich-rechtlichen Sphäre aktualisiert werden können, zum anderen werden Konflikte mit kommunalpolitischen Zielvorgaben aufgrund gesellschaftsrechtlicher Verschwiegenheitspflichten erst nach geraumer zeitlicher Verzögerung bekannt – frühestens erst bei Einreichung von Jahresabschluss/Lagebericht<sup>824</sup> bzw. Beteiligungsbericht<sup>825</sup>.

---

<sup>819</sup> *Hellermann*, Örtliche Daseinsvorsorge, S. 243.

<sup>820</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 220.

<sup>821</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 221.

<sup>822</sup> Vgl. § 73 Abs. 1 Nr. 5, 6, § 74 Abs. 1 ThürKO.

<sup>823</sup> *Stober*, NJW 2002, 2357 (2365).

<sup>824</sup> So etwa: § 75 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 ThürKO.

<sup>825</sup> Wie in § 75a ThürKO vorgesehen.



Auch die am Ende von Kapitel 3<sup>826</sup> ausgearbeiteten Strukturdirektiven, welche bei kommunaler Wirtschaftstätigkeit zu beachten sind, sind in privaten Organisationsformen schwieriger zu verwirklichen<sup>827</sup> als bei öffentlich-rechtlichen Rechtskleidern, wo bereits die Organmitglieder der Unternehmen unmittelbar an öffentlich-rechtliche Vorgaben gebunden sind. Zu garantieren sind die Zweckprogrammierung, die demokratische Legitimation der Entscheidenden, die Sicherung von Ingerenzrechten, das Erreichen eines notwendigen Ingerenzniveaus, die Transparenz von Entscheidungsabläufen und Verantwortungsstrukturen (Transparenzmaxime), die Beachtung des Sozialstaatsprinzips bei Wahrnehmung existenznotwendiger Daseinsvorsorgeaufgaben im Wege durchsetzbarer Zugangsansprüche und durch das Anbieten der Leistung zu sozialadäquaten Bedingungen sowie das Gebot der Wirtschaftlichkeit. Hier existieren unterschiedliche Sicherungsmechanismen **vor und nach** der Gründung solcher Unternehmen, um diesen Richtlinien zu genügen.

## II. Normativer Unterbau

Die Gemeindeordnungen divergieren hinsichtlich ihres Detaillierungsgrades und der normativen Bedingungen für die Zulässigkeit von Unternehmen in Privatrechtsform. Im Groben lässt sich aber ein doch recht ein einheitlicher Kanon an Bedingungen ausmachen, der erfüllt sein muss, damit sich die Kommune in Kapitalgesellschaftsform unternehmerisch betätigen darf. Zunächst müssen die Vorgaben der Schrankentrias erfüllt sein. Außerdem muss die Gemeinde im Aufsichtsrat oder in einem vergleichbaren Gremium einen angemessenen Einfluss erhalten. Weiterhin ist eine betragsmäßige oder angemessene Haftungsbegrenzung entsprechend der gemeindlichen Leistungsfähigkeit erforderlich. Daher scheidet aus, dass sich die Gemeinde der GbR und OHG bedient oder als Komplementärin in einer KG<sup>828</sup> tätig wird, ist ihre Haftung hier doch im Außenverhältnis nicht beschränkt. Lagebericht und Jahresabschluss müssen nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Bestimmungen des HGB aufgestellt und geprüft werden. In der Regel wird auch die Einhaltung eines angemessenen Verhältnisses zwischen der Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde zu ihrer Leistungsfähigkeit verlangt. Weiterhin finden sich Vorschriften zur Aufstellung von Jahresabschluss und Lagebericht, zur Ausstattung der Gemeinde mit Rechten nach § 53 Abs. 1 HGrG sowie dass ihr und dem zu-

---

<sup>826</sup> Kapitel 3 H. IV.

<sup>827</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 173 ff.: Die Kapitalgesellschaften weisen seiner Auffassung nach strukturelle Defizite auf.

<sup>828</sup> Die KG bzw. die Beteiligung der Gemeinde als Kommanditistin wird in der Betrachtung außer Betracht gelassen. Diese hat in der Praxis ohnehin eine geringe Bedeutung.

ständigen überörtlichen Prüfungsorgan die Befugnisse nach § 54 HGrG eingeräumt werden. In den moderneren Gemeindeordnungen sind auch Normen enthalten, welche die Erstellung eines Beteiligungsberichtes für Unternehmen in privater Rechtsform fordern<sup>829</sup>.

### **III. Verwirklichung der Strukturdirektiven**

Nun soll überprüft werden, inwiefern die herauspräparierten Strukturdirektiven in den Kapitalgesellschaften verwirklicht werden können. Ausgegangen werden soll zunächst von der GmbH-Form, an geeigneter Stelle findet auch die AG in der gebotenen Kürze Erwähnung, da sie in der kommunalen Praxis nicht gleichermaßen Beachtung findet wie die GmbH. Wohl aus gutem Grunde: Wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge, § 23 Abs. 5 AktG, kann durch satzungsrechtliche Regelung von gesetzlichen Vorgaben nur abgewichen werden, wenn dies ausdrücklich erlaubt ist, d.h. eine individuelle Ausgestaltung gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse ist hier in weitaus geringerem Maße möglich, insbesondere was die Implementierung besonderer Rechte der Kommune zulasten des privaten Gesellschafters betrifft. Dahinter steht der Gedanke des Schutzes von Gläubigern und Aktionären<sup>830</sup>, deren Rechtspositionen durch autonome Satzungsregeln gefährdet werden. Dies bedeutet auch, dass kommunalrechtliche und verfassungsnormative Vorgaben, etwa die Sicherung des öffentlichen Zwecks oder die Ausbedingung von Ingerenzrechten betreffend, hier ungleich schwerer zu verwirklichen sind. In der GmbH können – durch entsprechende Satzungsgestaltung<sup>831</sup> – die Kompetenzen des Geschäftsführers reduziert bzw. die der Gesellschafterversammlung erheblich verstärkt werden, da der Geschäftsführer grundsätzlich als Vollzugsorgan ausgestaltet ist<sup>832</sup>. Das Leitungsorgan in der AG – der Vorstand – besitzt hingegen eine stärkere, unabhängigere Stellung, er entscheidet weisungsunabhängig, seine Kompetenzen können grundsätzlich nicht verkürzt werden<sup>833</sup>.

In einigen Kommunalordnungen<sup>834</sup> kommt der Gedanke der Nachrangigkeit der AG plastisch dadurch zum Ausdruck, dass angeordnet wird, dass auf dieses Rechtskleid nur zurückgegriffen werden darf, wenn der öffentliche Zweck nicht in anderer Organisationsform ebenso gut erreicht werden kann.

---

<sup>829</sup> Etwa Art. 94 Abs. 3 BayGO; § 75a ThürKO.

<sup>830</sup> Solveen, in: *Hölters: Aktiengesetz*, § 23 Rn. 29.

<sup>831</sup> Siehe insofern § 3 Abs. 2 GmbHG.

<sup>832</sup> Lepper, RNotZ 2006, 313 (321). Wobei grundlegende Kompetenzen – wie die Vertretung der Gesellschaft nach außen – aufgrund der Strukturverfassung der GmbH nicht gänzlich entzogen werden kann: *Giedinghagen*, in: Michalski: GmbHG, § 52 Rn. 213; *Wälzholz*, DStR 2003, 511 (513).

<sup>833</sup> Lepper, RNotZ 2006, 313 (321).

<sup>834</sup> Bspw. § 103 Abs. 2 GO BW; § 108 Abs. 4 GO NRW.

## 1. Sicherung von Steuerungsrechten mit Mitteln des Gesellschaftsrechts

Im Folgenden werden die gesellschaftsrechtlichen Instrumente dargestellt, wie die Unternehmenspolitik und -führung gesteuert und wie im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen die Verfolgung des öffentlichen Zwecks abgestützt werden kann.

Insbesondere bei Beteiligungsgesellschaften sollten bestimmte Kautelen festgelegt und zur *conditio sine qua non* erhoben werden, ohne die die Kommune nicht in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen tätig sein darf<sup>835</sup>. Letztlich sollte darauf hingearbeitet werden, der Gemeinde möglichst viele Rechte zuzugestehen und insbesondere die Repräsentation des Gemeinderats in der Gesellschaftersammlung zu intensivieren. Bei Erfüllung von Amtsaufträgen muss die Letztentscheidung eines dem Parlament gegenüber Verantwortlichen, hier des Gemeinderats, gewährleistet sein<sup>836</sup>. Über Sonderrechte - § 35 BGB gilt entsprechend auch in der Kapitalgesellschaft – kann sich die Gemeinde bevorrechtigte und überlegene Positionen einräumen lassen. Sie sollte sich diese bereits von Beginn an im Gesellschaftsstatut ausbedingen, da sie sonst zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz bei nachträglicher Einräumung der Zustimmung aller nicht bevorzugten Gesellschafter bedürfte<sup>837</sup>. Gerade in Beteiligungsgesellschaften dürfte es ihr schwerfallen, entsprechende Rechte zu ihren Gunsten und zum Nachteil der privaten Anteilseigner zu implementieren. Als steuerungsrelevante Sonderrechte kommen insbesondere in Betracht<sup>838</sup>: Recht auf Übernahme des Geschäftsführeramtes, auf Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers<sup>839</sup>, Weisungsrechte, Mehrstimmrechte oder Zustimmungsvorbehalte, Entsenderechte. Diese Rechte gewinnen bei der Organbesetzung und Beeinflussung ihrer Willensbildung, der Beschlussfassung und vornehmlich bei bevorstehenden Satzungsänderungen Bedeutung, bei denen es um eine Änderung (des bereits im Statut niedergelegten) Unternehmenszwecks geht. Ihre Grenzen findet die Festlegung von Sonderrechten in zwingenden (Kompetenz-)Normen, den allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 BGB und dem Mitbestimmungsrecht<sup>840</sup>.

---

<sup>835</sup> Vgl. dazu Gliederungspunkt IV.

<sup>836</sup> Erle/Becker, NZG 1999, 58 (60).

<sup>837</sup> Zöllner, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 47 Rn. 68; Drescher, in: MüKo GmbHG: § 47 Rn. 126; Fastrich, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 14 Rn. 18; Michalski, in: Michalski: GmbHG, § 3 Rn. 77.

<sup>838</sup> Reichert/Weller, in: MüKo GmbHG: § 14 Rn. 97 ff.; Jula, Der GmbH-Gesellschafter, S. 142 f.

<sup>839</sup> Wicke, in: MüKo GmbHG: § 3 Rn. 98.

<sup>840</sup> Reichert/Weller, in: MüKo GmbHG, § 14 Rn. 97.

Außerhalb von gemeindlichen Rechten, die im Unternehmensstatut verankert werden, können schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen werden. Hiermit sind vor allem Stimmbindungsverträge zwischen den Gesellschaftern, der öffentlichen und der privaten Hand angesprochen.

#### **a. Aufnahme des öffentlichen Zwecks in den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung**

Die wesentlichste Weichenstellung erfolgt über die statutarische Aufnahme des öffentlichen Zwecks als Unternehmenszweck in hinreichend konkreter Form<sup>841</sup>. Er ist jedoch nach den § 3 Abs. 1 GmbHG und § 23 Abs. 3 AktG kein zwingender Satzungsbestandteil. Der Unternehmenszweck kann indes als „ergänzende Bestimmung“ (vgl. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG) aufgenommen werden.

Die Notwendigkeit der Integrierung des öffentlichen Zwecks in das Gesellschaftsstatut folgt zum einen daraus, dass er das Organhandeln präjudiziert und leitet: Die Ausübung von Organfunktionen und Mitgliedschaftsrechten müssen sich immer am Unternehmensinteresse – welches aus dem Unternehmenszweck deduziert wird – messen lassen<sup>842</sup>. Zum anderen ist der Unternehmenszweck als Satzungsbestimmung Grundlage für die (ex ante wirkende) Steuerung und (ex post ansetzende) Kontrolle des Unternehmens. Die Aufnahme von Informations- und Weisungsrechten, Genehmigungs- und Zustimmungsvorbehalten, Stimmrechten und (erschwerenden) Bedingungen für Satzungsänderungen, die sich die Kommune bei der Erstellung des Gesellschaftsstatuts zur Sicherung eines dem Demokratieprinzip entsprechenden Einflusses auf das Unternehmen ausbedingen sollte, orientieren sich maßgeblich am öffentlichen Zweck. Zusätzlich gilt es, den Fall zu bedenken, dass sich das kommunale Unternehmen unter Umständen an einem anderen (unter-)beteiligt, hier muss ebenfalls die Weitergabe des öffentlichen Zwecks gesichert werden, würde doch sonst Umgehungsversuchen Tür und Tor geöffnet<sup>843</sup>.

Ventiliert wird zwar die Auffassung, dass sich das Unternehmensinteresse in einer kommunalen Eigengesellschaft nach kommunalen Interessen richte, da es mit den Interessen des Alleingesellschafters übereinstimme<sup>844</sup>. Allerdings existieren rechtstatsächlich nicht nur Allein-, sondern auch Beteiligungsgesellschaften. Der private Anteilseigner strebt nach Gewinnmaxi-

<sup>841</sup> Wie in Art. 92 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO; § 69 Abs. 1 Nr. 3 KV M-V; § 137 Abs. 1 Nr. 5 NKomVG; § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 GO NRW vorbildlich angeordnet. Bedauerlicherweise ist dies nicht in allen Bundesländern normiert.

<sup>842</sup> Mann, in: Mann/Püttner: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 46 Rn. 9.

<sup>843</sup> Schulz, BayVBl. 1996, 97 (100); vgl. nur Garbe-Emden, LKV 2013, 97 (102) und § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ThürKO.

<sup>844</sup> Zieglmeier, LKV 2005, 338 (340).

mierung; Gemeinwohlförderung ist für ihn demgegenüber regelmäßig nachrangig, gar uninteressant, weshalb eine Deduzierung von Unternehmensinteressen aus solchen der Gesellschafter wenig überzeugend ist. Daher wird in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in der Regel ein Vorrang von erwerbswirtschaftlichen Zwecken, von Gewinnerzielung als Unternehmenszweck vermutet, was nur kraft ausdrücklicher Aufnahme des öffentlichen Zwecks in der Satzung widerlegt werden kann<sup>845</sup>.

Dieser muss allerdings **präzise** gefasst und nicht zu kurz beschrieben sein, denn nur dann ist auch eine effektive Kontrollarbeit möglich. Diese Anforderung ist jedoch auch in den Bundesländern nicht normiert, in denen die Kommunalordnungen eine statutarische Ausrichtung des Unternehmens am öffentlichen Zweck in Kapitalgesellschaftsform fordern. Auch muss sichergestellt werden, dass der Unternehmenszweck nicht nach der Unternehmensgründung in einen nicht öffentlichen Zweck geändert wird. Was nützte eine statutarische Implementierung kommunalpolitischer Ziele, wenn sogleich nach Unternehmensgründung und Genehmigung durch die Kommunalaufsicht<sup>846</sup> auf einen rein auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Unternehmenszweck umgestiegen werden könnte? Der Unternehmenszweck kann gesellschaftsrechtlich grundsätzlich dadurch geändert werden, dass ein Gesellschafterbeschluss gefasst wird. Nach dem Gedanken des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB ist hierfür aber die Zustimmung aller Gesellschafter nötig<sup>847</sup>. Dies erweckt den Eindruck, es handle sich gerade in Beteiligungsgesellschaften um eine faktisch unüberwindbare Hürde, da anzunehmen ist, dass die Kommune als Gesellschafterin ihre Zustimmung verweigern wird, sollte der Zweck des Unternehmens nun auf eine reine Gewinnerzielung ausgerichtet werden. Das Problem besteht jedoch darin, dass die Angabe des Unternehmenszwecks bisher weder gesellschafts- noch kommunalrechtlich zwingend vorgeschrieben ist<sup>848</sup>. Ohne explizite Aufnahme des öffentlichen Zwecks besteht nämlich auch in Person des privaten (ggf. auch Minderheits-)Gesellschafters die Erwartung, dass die Gesellschaft vornehmlich auf die Erzielung von Profiten ausgerichtet ist<sup>849</sup>. Der in § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG genannte Unternehmensgegenstand<sup>850</sup>, welcher schon durch einfachen (Mehrheits-)Beschluss geändert werden kann, ist von dem Gesellschaftszweck hingegen zu unterscheiden und meint die Art und Weise, wie das Unternehmen tätig wird, wie der von den Gesellschaftern erdachte Zweck des Unternehmens zu erreichen ist (in der Regel mit-

<sup>845</sup> Püttner, Unternehmen, S. 235 f.

<sup>846</sup> § 73 Abs. 1 S. 4 ThürKO.

<sup>847</sup> Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 53 Rn. 42.

<sup>848</sup> Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbH, § 3 Rn. 5; Wicke, in: Münchener Kommentar GmbHG, § 3 Rn. 9.

<sup>849</sup> Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbH, § 3 Rn. 5.

<sup>850</sup> Bei Aktiengesellschaften gilt mit gleicher Zielrichtung § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG.

tels Betriebs eines wirtschaftlichen Unternehmens)<sup>851</sup>. Das Einstimmigkeitserfordernis bzgl. des Unternehmenszwecks ist zwar grundsätzlich eine wirksame Kautele, um nachträglichen Abweichungen vom öffentlichen Zweck zu begegnen<sup>852</sup>, doch eben davon abhängig, dass er bereits von Anfang an dem Unternehmen eingeschrieben wird. Ebenso wie seine spätere Änderung nur durch allseitigen Gesellschafterkonsens möglich ist, ebenso schwierig wird es, einen öffentlichen Zweck in Beteiligungsgesellschaften nach Unternehmensgründung einzuführen. Eine Änderung des Gesellschaftszwecks weg von einem öffentlichen dürfte jedenfalls dadurch erschwert werden, dass (vorgelagert) kommunalintern ein Gemeinderatsbeschluss erforderlich ist, d.h. eine alleinige Entscheidungsgewalt des Hauptverwaltungsbeamten zu verneinen ist, mangelt es doch an einer „laufenden Angelegenheit“ der Kommunalverwaltung<sup>853</sup>. Fraglich ist auf der Rechtsfolgenseite dann allerdings, ob eine **Stimmabgabe** des Bürgermeisters als Vertreter der Kommune **entgegen** oder einem vorher gefassten **Gemeinderatsbeschluss** Wirkung entfaltet und für und gegen die Kommune wirkt<sup>854</sup>.

Zudem kann die Kommune in Eigengesellschaften eine Änderung bzw. Aufnahme des Gesellschaftszwecks relativ unproblematisch in Richtung eines öffentlichen Zwecks beeinflussen und durchsetzen, indem sie ihre Vertreter in der Gesellschafter-/Hauptversammlung entsprechend anweist.

In Beteiligungsgesellschaften – bei PPPs – wird ihr dies nachträglich wohl nicht gelingen. Wenn der öffentliche Zweck statutarisch noch nicht festgelegt wurde, wird sich der private Partner in aller Regel weigern, all dem zuzustimmen, was seinen Gewinninteressen widersprechen könnte. Dies ist aber gerade bei – gemeinnützigen – öffentlichen Zwecken zu befürchten, ist diesem doch der Vorrang des Gemeinwohls vor Profitstreben immanent.

## **b. Aufnahme von Sonderrechten nach § 35 BGB**

Der Kommune kann als Gesellschafterin auch ein Sonderrecht im Sinne des § 35 BGB eingeräumt werden. Die Vorschrift findet (zumindest entsprechende<sup>855</sup>) Anwendung auf alle mitgliedschaftlich strukturierten privatrechtlichen juristischen Personen<sup>856</sup>. Ein Sonderrecht „ist eine auf der Mitgliedschaft beruhende [...], über die allgemeine Rechtsstellung des Mitglieds

<sup>851</sup> *Wicke*, in: Münchener Kommentar GmbHG, § 3 Rn. 9.

<sup>852</sup> *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 (100), der darauf hinweist, dass allein die Festlegung des öffentlichen Zwecks nicht vor seiner nachträglichen Änderung schützt. Außerdem bestehe ein „starker faktischer Sog“ der Expansionstendenzen hin zu einer nicht mehr öffentlichen Zweckorientierung.

<sup>853</sup> *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 (100).

<sup>854</sup> *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 (100 und Fn. 42).

<sup>855</sup> BGH NJW-RR 1989, 542 (543).

<sup>856</sup> *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, § 35 Einleitung.

hinausreichende Rechtsposition, die eine satzungsmäßige Grundlage hat und als unentziehbares Recht ausgestaltet ist“<sup>857</sup>. Es handelt sich mithin um eine über die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte hinausgehende Vorzugsstellung<sup>858</sup>.

Dieses muss dem Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden<sup>859</sup> bzw. eine satzungsmäßige Grundlage haben<sup>860</sup> und im beurkundeten Vertragstext zumindest aufgrund objektiver Anhaltspunkte zum Ausdruck gelangen<sup>861</sup>.

Durch ein Sonderrecht kann einem Gesellschafter ein bspw. grundsätzlich unentziehbares Sonderrecht auf Geschäftsführerbestellung eingeräumt werden<sup>862</sup>. Auch erhöhte Stimmrechte, Zustimmungs- und Vetorechte zu Maßnahmen der Gesellschafterversammlung können zugestanden werden<sup>863</sup>. Vorteil der Einräumung von Sonderrechten gegenüber der Gewährung dieser Rechte als bloße Privilegien ist, dass sie nicht durch bloße Satzungsänderung gegen den Willen des Berechtigten entzogen werden können<sup>864</sup>.

### **c. Weisungen gegenüber kommunalen Vertretern in den Gesellschaftsorganen**

Weisungen sind vor allem deshalb so bedeutungsvoll, weil sie die demokratische Legitimation der kommunal gewählten Gemeinderatsmitglieder in die Organe der kommunalen Unternehmen transportieren<sup>865</sup>. Sofern sie verbindlich sind, können hierdurch kommunale Vorstellungen unmittelbar in den Unternehmen auch gegenüber entgegen gerichteten Interessen privater Aktionäre, die keinen (auch nicht angedeuteten) Niederschlag im Gesellschaftsvertrag gefunden haben, durchgesetzt werden.

Im hierarchischen Verwaltungsaufbau, in öffentlich-rechtlichen Organisationen sind Weisungen allgemein zulässig und gängiges Instrument zur Steuerung des Exekutivhandelns. Im Bereich der Einwirkung auf privatrechtliche Institutionen und ihre Organe ist die Erteilung von Weisungen nicht uneingeschränkt möglich, sondern abhängig von der Organisationsform, ihrer Struktur und den sie konstituierenden rechtlichen Grundlagen.

---

<sup>857</sup> *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, § 35 Rn. 3.

<sup>858</sup> BGH NJW-RR 1989, 542 (543).

<sup>859</sup> BGH NJW 1969, 131.

<sup>860</sup> *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, § 35 Rn. 5.

<sup>861</sup> BGH NJW 1969, 131; vgl. zur Auslegung von statutarisch vorgesehenen „Vorschlagsrechten“: BGH NJW-RR 1989, 542 (543).

<sup>862</sup> BGH NJW 1969, 131.

<sup>863</sup> *Arnold*, in: MüKo BGB, § 35 Rn. 5.

<sup>864</sup> *Arnold*, in: MüKo BGB, § 35 Rn. 5.

<sup>865</sup> Vgl. BVerfGE 83, 60 (72 f.).

## **aa. Gegenüber Vertretern in der Gesellschafter-/Hauptversammlung**

Die Kommune kann ihren in die Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung entsandten Vertretern, welche ihre Gesellschafterrechte unmittelbar wahrnehmen, Weisungen erteilen<sup>866</sup> und diese Vertreter austauschen, wenn Weisungen nicht befolgt werden. Diese Weisungsbefugnis ergibt sich daraus, dass sich im Aktien- und GmbH-Recht keine Vorschriften hinsichtlich der Eigenverantwortlichkeit und Unabhängigkeit der Gesellschafter finden, wohingegen dies für die Leitungs- und Aufsichtsorgane angeordnet ist<sup>867</sup>, eine Bindung ergibt sich für diese nur an das Unternehmensinteresse<sup>868</sup>. An „Weisungen“ der Gesellschafter sind Vorstandsmitglieder einer AG nur ausnahmsweise und unter Erfüllung der Voraussetzungen des § 119 Abs. 2 AktG gebunden<sup>869</sup>. Mangels gesetzlich ausdrücklicher Betonung der Selbstständigkeit und fehlender Eigenverantwortlichkeit der kommunalen Vertreter in der Gesellschaftsversammlung sind diese also als weisungsgebunden<sup>870</sup> anzusehen.

## **bb. Gegenüber AG-Vorstand und obligatorischen Aufsichtsorganen**

Wegen des Grundsatzes des freien Mandats, der fehlenden Weisungsbindung, ist eine Steuerung des Beschluss-, Entscheidungs- und Geschäftsführungsverhaltens in den Aufsichts- und Leitungsorganen einer AG nicht möglich. Auf den Vorstand kann nur mittelbar Einfluss genommen werden: Über die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, welche wiederum über die Besetzung der Vorstandspositionen entscheiden. Rein faktisch hat dies eine Vorwirkung auf das Verhalten der Vorstandsmitglieder, da diese in der Regel an ihrer Wiederwahl ein Interesse haben.

Aufgrund der grundlegenden Verweisung auf das Aktienrecht gilt in einer mitbestimmten GmbH Gleiches gegenüber dem Aufsichtsrat. Konstatiert wird allerdings, dass eine GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat in praxi selten anzutreffen ist, da die nach dem Mitbestimmungsrecht festgesetzten Arbeitnehmerzahlen nur in wenigen Fällen erreicht werden<sup>871</sup>. Auf-

---

<sup>866</sup> Püttner, Unternehmen, S. 237.

<sup>867</sup> §§ 76 Abs. 1, 84, 93, 111 Abs. 1, 5, 116 AktG (für die aktiengesellschaftlichen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder). Für Mitglieder eines obligatorischen Aufsichtsrats einer GmbHG gelten die §§ 93, 111, 116 AktG qua §§ 6, 25 Abs. 2 Nr. 2 MitbestG bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbeG, für Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats ergibt sich die Anwendung dieser Normen über § 52 Abs. 1 GmbHG: Kiethe, NZG 2006, 45 (48 f.); Pauly/Schüler, DÖV 2012, 339 (340 f.).

<sup>868</sup> BGHZ 36, 296 (306); Kiethe, NZG 2006, 45 (49); Schwintowski, NJW 1995, 1316 (1318); ders.: NJW 1990, 1009 (1013).

<sup>869</sup> Kiethe, NZG 2006, 45 (49).

<sup>870</sup> Mann, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 46 Rn. 16, 26 f.

<sup>871</sup> Weckerling-Wilhelm/Mirtsching, NZG 2011, 327 (329); Altmeppen, NJW 2003, 2561 (Fn. 12).



sichtsratsmitglieder in einer AG sind auch dann nicht weisungsgebunden, wenn diese entsandt wurden und daher nach § 103 Abs. 2 AktG jederzeit vom Entsendeberechtigten abberufen werden können, da § 116 i.V.m. § 93 AktG allen Aufsichtsratsmitgliedern gleichermaßen die Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmannes auferlegt und die Aufgaben des Überwachungsorgans nach § 111 Abs. 5 AktG höchstpersönlicher Natur sind, was sich in einer persönlichen, haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit widerspiegelt und mit einer Weisungsbindung nicht vereinbar sein kann<sup>872</sup>. Loyalitätskonflikten zwischen der gesellschaftsrechtlichen Stellung als Aufsichtsratsmitglied und den (internen) Bindungen der Gemeindevertreter gegenüber ihrer Gemeinde kann letztlich nicht durch Weisungsbindungen begegnet werden, sondern nur durch die Niederlegung des öffentlichen Zwecks als Unternehmenszweck in der Satzung, da hierdurch ein Gleichlauf zwischen Kommunal- und Gesellschaftsinteressen – denen die Gesellschaftsorganmitglieder allein unterliegen – hergestellt werden<sup>873</sup>. Nur so kann die Willensbildung des Organs im Sinne kommunaler Erfordernisse beeinflusst werden.

### **cc. Gegenüber fakultativem Aufsichtsrat**

Umstritten ist die Weisungsbindung eines Mitglieds eines in einer GmbH fakultativ eingerichteten Aufsichtsrats. Die Anwendung der §§ 93 Abs. 1 und 2 S. 1, 2 AktG, 111 und 116 AktG ergibt sich hier aus § 52 Abs. 1 GmbHG mit dem Vorbehalt, dass gesellschaftsvertraglich nichts Entgegenstehendes angeordnet ist, § 52 Abs. 1 Hs. 2 GmbHG. Diese Wendung sehen Teile der Literatur als Grundlage an, eine Weisungsbindung von Aufsichtsratsmitgliedern implementieren zu können<sup>874</sup>. Dafür spricht, dass auf die Einrichtung eines Aufsichtsrats auch gänzlich verzichtet hätte werden können<sup>875</sup>. Nach einer gegenteiligen Ansicht sei dem Aufsichtsorgan die Kontrollfunktion eingeschrieben, derer er nur genügen könne, wenn er über Unabhängigkeit verfüge<sup>876</sup>. Der Begriff „Aufsichtsrat“ ist jedoch nicht abschließend definiert<sup>877</sup>, weshalb ihm für alle Unternehmensformen feststehende Befugnisse nicht allgemeingültig zugeordnet werden können. Außerdem vertrauten Gläubiger und die Allgemeinheit auf die Weisungsfreiheit und Autonomie der Aufsichtsratsmitglieder, was vorrangig zu schützen

<sup>872</sup> *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339 (341); *Weckerling-Wilhelm/Mirtsching*, NZG 2011, 327 (328); *Kiethe*, NZG 2006, 45 (49); *Wehrstedt*, MittRhNotK 2000, 269 (278).

<sup>873</sup> So auch *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339 (345); *Wehrstedt*, MittRhNotK 2000, 269 (278).

<sup>874</sup> *Kiethe*, NZG 2006, 45 (49); *Zieglmeier*, LKV 2005, 338 (340).

<sup>875</sup> *Zieglmeier*, LKV 2005, 338 (340).

<sup>876</sup> *Keßler*, GmbHR 2000, 71 (77); vgl. Darstellung bei *Pauly/Schüler*, DÖV 2012, 339 (342).

<sup>877</sup> BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 - 8 C 16/10 = BeckRS 2011, 55139 Rn. 21.

sei<sup>878</sup>. Diese Behauptung lässt sich aber nicht belegen<sup>879</sup>. Wenn schon die Allgemeinheit und die Gläubiger nicht darauf vertrauen dürfen, dass ein Aufsichtsrat überhaupt eingerichtet wird – da dieser in einer nicht mitbestimmten GmbH eben fakultativ ist –, kann auch ein Vertrauen nicht anerkannt werden, dass dessen Mitglieder weisungsfrei agieren können. Außerdem hätte statt eines Aufsichtsrats auch ein Beirat mit gesetzlich nicht näher umschriebenem Aufgabenbereich eingerichtet werden können, ist die GmbH doch insofern offen für die Schaffung neuer, nicht geborener Gesellschaftsorgane<sup>880</sup>. Auf diese Organe können aber nicht via „Generalgesellschaftsbeschluss“ sämtliche Entscheidungskompetenzen der Gesellschafterversammlung übertragen werden, ist es doch deren unumstößliches Recht, über die Grundlagen der Gesellschaft zu entscheiden, weshalb auch Gemeinderatsbeschlüsse nicht automatisiert als Weisungen gegenüber dem Geschäftsführer angesehen werden können<sup>881</sup>. Im Übrigen hat sich noch kein allgemeiner Konsens darüber entwickelt, welche Funktionen neu kreierte Organe (wie ein sogenannter „Beirat“ oder „Verwaltungsrat“) aufweisen oder wie sie aufgebaut sein sollen, folglich auch nicht darüber, ob die Mitglieder über ein freies Mandat zu verfügen haben oder nicht.

Das BVerwG hat die Streitfrage über die mögliche Weisungsabhängigkeit von Mitgliedern eines fakultativen Aufsichtsrats nunmehr geklärt, und positiv beantwortet<sup>882</sup>. In dem Urteil ging es überdies auch um die Frage, ob sich im Sinne des (dispositiven) § 52 Abs. 1 GmbHG ein anderes ergibt, wenn aktienrechtliche Vorschriften zwar abbedungen sind, aber keine Regelung dazu getroffen wurde, was stattdessen gelten soll<sup>883</sup>. Können hier dann – gleichsam lückenfüllend – Vorschriften des Kommunalrechts herangezogen werden? Die innere Struktur, Aufgaben und Kompetenzen des Aufsichtsrats sind dann völlig offen und unklar. Es ist dann schlicht nichts geregelt<sup>884</sup>, wenn im Gesellschaftsvertrag nicht mindestens ein Verweis auf das Kommunalrecht bzw. auf eine Regelung wie § 108 Abs. 5 Nr. 2 GO NRW erfolgt. Das BVerwG meint aber, dass bei der Auslegung eines Gesellschaftsvertrages auch dessen normatives Umfeld, insbesondere die die Gemeinde bindenden Regelungen des Kommunalrechts, Berücksichtigung finden sollten<sup>885</sup>. Zumindest spreche eine gesetzliche Vermutung

<sup>878</sup> Keßler, GmbHR 2000, 71 (77).

<sup>879</sup> Vgl. Pauly/Schüler, DÖV 2012, 339 (342).

<sup>880</sup> Altmeppen, NJW 2003, 2561 (2563); Engelland, DÖV 1996, 71 (72). Zu den Aufgaben, die diesem Beirat nicht übertragen werden können: Wälzholz, LKV 2003, 511 (513).

<sup>881</sup> Gundlach/Frenzel/Schmidt, LKV 2001, 246 (249).

<sup>882</sup> BVerwG, Urt. v. 31.08.2011 - 8 C 16/10 = BeckRS 2011, 55139 Rn. 25 ff.

<sup>883</sup> Weckerling-Wilhelm/Mirtsching, NZG 2011, 327 (329).

<sup>884</sup> Weckerling-Wilhelm/Mirtsching, NZG 2011, 327 (329).

<sup>885</sup> BVerwG, BeckRS 2011, 55139 Rn. 27.

dafür, dass die Gemeinde ihren dahingehenden Verpflichtungen nachkommen wolle. Dem widersprechen auch nicht Gründe des Verkehrsschutzes, da verfassungs- und kommunalrechtliche Vorgaben im Gesetzblatt verkündet worden seien. Dies widerspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH, dass die Ausbedingung besonderer Rechte oder sonstiger Regelungen, die das Gesellschaftsverhältnis ausgestalten, der Formvorschrift des § 2 GmbHG unterliegen. Außerhalb des formgerecht errichteten Vertrages liegende Umstände können nicht berücksichtigt werden, wenn sie nicht einen – wenn auch unvollständigen – Ausdruck in der Urkunde gefunden haben<sup>886</sup>. „Körperschaftliche Regelungen“, die das Verhältnis aller gegenwärtigen und zukünftigen Gesellschafter regeln, aber auch Bedeutung für die Gläubiger der Gesellschaft haben können, unterliegen einer objektiven Auslegung<sup>887</sup>. Allerdings ist auch der Grundsatz der ergänzenden Vertragsauslegung (§ 133, 157 BGB) anerkannt<sup>888</sup>. Es ist dann anhand des Sinn und Zwecks der Satzung zu ermitteln, welche Regelungen die Parteien getroffen hätten, wenn ihnen das Bestehen einer Lücke bekannt gewesen wäre<sup>889</sup>. Diesen Weg ist das BVerwG offensichtlich in der oben zitierten Entscheidung gegangen. Es handelt sich um eine kommunalrechtsfreundliche Auslegung, an der aus verfassungs- bzw. öffentlich-rechtlicher Sicht nicht viel Kritik geübt werden kann. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht mag dies weniger erfreulich sein, doch von einer Überrumpelung privater Gesellschafter oder von Gläubigern kann schwerlich die Rede sein. Der Gesellschaftsvertrag – in welchem die Beteiligungsverhältnisse niedergelegt sind – wird im Handelsregister veröffentlicht. Die Beteiligung der öffentlichen Hand wird damit offenbar, damit zugleich ihre Bindung an das öffentliche Recht. Hierbei handelt es sich um „allgemein erkennbare Umstände“<sup>890</sup>. Um jedoch Unsicherheiten und künftigen Rechtsstreitigkeiten zu entgehen, sollte auf eine eindeutige gesellschaftsvertragliche bzw. statutarische Festlegung gemeindlicher (Sonder-)Rechte nicht verzichtet werden.

### **dd. Gegenüber Geschäftsführern**

In einer GmbH können die Gesellschafter unmittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung

<sup>886</sup> Vgl. BGH NJW 1969, 131; vgl. Mayer, in: MüKo GmbHG: § 2 Rn. 155.

<sup>887</sup> Mayer, in: MüKo GmbHG: § 2 Rn. 154.

<sup>888</sup> BGH, Urt. v. 13.06.1983 – II ZR 67/82 = BeckRS 1983, 00848 Rn. 30; BGH NJW-RR 1990, 226 (227); Fastrich, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 2 Rn. 31.

<sup>889</sup> Mayer, in: MüKo GmbHG, § 2 Rn. 156.

<sup>890</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.01.1982 - 6 W 61/81 = BeckRS 2014, 07013; Fastrich, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 2 Rn. 31.

nehmen, der Geschäftsführung Weisungen erteilen<sup>891</sup>. Dies ergibt sich mittelbar aus den §§ 6 Abs. 3, 37 Abs. 1, 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 und 6 GmbHG<sup>892</sup>. Das Weisungsrecht besteht auch in einer mitbestimmten GmbH<sup>893</sup>. Weisungen der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer sind auch von einem obligatorischen Aufsichtsrat zu respektieren<sup>894</sup>. Dies ermöglicht der Gemeinde grundsätzlich eine Einwirkungsmöglichkeit gegenüber dem Geschäftsführer, doch darf nicht vernachlässigt werden, dass die Gesellschafterversammlung und nicht etwa unmittelbar der Gemeinderat weisungsberechtigt ist, dass also Ratsbeschlüsse der Umsetzung durch die in die Gesellschaft entsandten Vertreter bedürfen<sup>895</sup>. Weisungsrechte können auch einzelnen Gesellschaftern als Sonderrechte eingeräumt werden<sup>896</sup>, was der öffentlichen Hand als Gesellschafterin auch gegenüber einem privaten Mehrheitseigner eine überlegenere Position einräumt, denn so kann sie steuernd auf die operative Ausrichtung des Unternehmens Einfluss nehmen.

Über eine Bindung der kommunalen Vertreter an Beschlüsse des Gemeinderats und die Bindung des Geschäftsführers an die Gesellschafterbeschlüsse wird damit ein Durchreichen von Gemeinderatsbeschlüssen ermöglicht. Bis auf Grundlagenentscheidungen, Satzungs- und Strukturänderungen können einem fakultativen Aufsichtsrat oder Beirat sehr weitgehend Gesellschafterrechte übertragen werden<sup>897</sup>, weshalb ihm auch die Befugnis zugestanden werden kann, den Geschäftsführer anzuweisen. Die Ansicht, dem (fakultativen) Aufsichts- oder Beirat könne praktisch die gesamte Geschäftsführungsbefugnis statutarisch zugewiesen werden<sup>898</sup>, dürfte zu weit gehen, schreibt das Gesetz doch diese Aufgabe grundsätzlich sowie die Befugnis zur Vertretung nach außen dem Geschäftsführer zu<sup>899</sup>. Andernfalls hätte die Existenz der Figur des Geschäftsführers keine Berechtigung mehr, obgleich dieses Organ sowohl bei der nicht mitbestimmten wie bei der mitbestimmten GmbH nach der gesetzlichen Konzeption Teil der gesellschaftsrechtlichen Organisationsstruktur ist.

<sup>891</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (275); Püttner, Unternehmen, S. 237. Vgl. die Nachweise zur Gegenansicht, nach welcher dem Geschäftsführer ein gewisser Raum zu eigenverantwortlichen Entscheidungen verbleiben müsse: Altmeppen, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 37 Rn. 4.

<sup>892</sup> Altmeppen, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 37 Rn. 3.

<sup>893</sup> Altmeppen, NJW 2003, 2561 (2562 und Fn. 13); Engelland, DÖV 1996, 71 (72).

<sup>894</sup> Altmeppen, NJW 2003, 2561 (Rn. 13).

<sup>895</sup> Gundlach/Frenzel/Schmidt, LKV 2001, 246 (249).

<sup>896</sup> Mann, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 46 Rn. 45; Engelland, DÖV 1996, 71 (73).

<sup>897</sup> Altmeppen, NJW 2003, 2561 (2563).

<sup>898</sup> Altmeppen, NJW 2003, 2561 (2563).

<sup>899</sup> Giedinghagen, in: Michalski: GmbHG, § 52 Rn. 213; Wälzholz, DStR 2003, 511 (513).

## ee. Zwischenergebnis

Anhand des vorstehend Dargestellten wird bereits deutlich, dass kommunalpolitisch und – rechtlich Erforderliches in einer GmbH über Weisungen strukturell besser zu verwirklichen ist als in einer AG und in einer nicht mitbestimmten GmbH besser als in einer mitbestimmten, da bei letzterer bzgl. des Aufsichtsrats die Vorschriften des Aktienrechts zur Anwendung gelangen, die wenig Raum für eine individuelle Anpassung bieten. In einer nicht mitbestimmten GmbH besteht hingegen eine grundsätzliche Satzungsfreiheit, sofern nicht ausnahmsweise zwingendes Recht vorliegt<sup>900</sup>.

## d. Zustimmungsvorbehalte

Als weitere Option, das Geschäftsführerhandeln zu binden, könnte erdacht werden, bestimmte Maßnahmen<sup>901</sup> der Gesellschaft an die Zustimmung des Gemeinderats oder der Kommunalaufsicht (im Sinne eines Genehmigungsvorbehalts) zu binden. Allerdings konterkariert dies die Kompetenz der Gesellschafterversammlung, über Wohl und Wehe der Gesellschaft zu entscheiden. Außenstehenden Dritten – die nicht zugleich Organmitglieder sind – ist dies versagt, zumal nur Organe und Organmitglieder der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht unterliegen, bei ihnen also grundsätzlich zu erwarten ist, im Interesse der Gesellschaft zu handeln<sup>902</sup>.

Für zulässig erachtet wird es, die Durchführung bestimmter Geschäfte durch den Geschäftsführer an die Zustimmung der oder bestimmter Gesellschafter zu binden<sup>903</sup>.

Alternativ kann auch ein neues Organ geschaffen werden, in welchem die Mitgliedschaft von derjenigen des Gemeinderats abhängt: In der GmbH gilt – anders als in der AG – das Gebot der Satzungsstrenge nicht. Das GmbH-Recht erlaubt damit grundsätzlich – vorbehaltlich von Sachbereichen, die zwingend in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung fallen – auch die Schaffung fakultativer Gesellschaftsorgane. Die Befugnis der Gesellschafterversammlung zur Anweisung des Leitungsorgans kann auf einen Aufsichtsrat oder Beirat de-

---

<sup>900</sup> Weckerling-Wilhelm/Mirtsching, NZG 2011, 327 (329).

<sup>901</sup> Nicht aber grundlegende Entscheidungen, wie etwa Satzungsänderungen; nach § 53 Abs. 1 GmbHG/§ 179 Abs. 1 AktG ist hierfür ein Beschluss der „Gesellschafter“/„Hauptversammlung“ erforderlich. Grundlagenmaßnahmen fallen in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung. Für die AG hat dies der BGH mit seiner *Holzmillier-Gelatine*-Rechtsprechung recht deutlich herausgearbeitet (BGH NJW 1982, 1703 ff. – *Holzmillier*; BGH NJW 2004, 1860 ff. – *Gelatine*).

<sup>902</sup> Engelland, DÖV 1996, 71 (72 f.).

<sup>903</sup> Mann, in: Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 2, § 46 Rn. 45.

legiert werden, bei dem die Aufsichtsratsmitgliedschaft statutarisch an die Gemeinderatsmitgliedschaft geknüpft wird<sup>904</sup>.

In Aktiengesellschaften ist die Schaffung solch neuer Organe hingegen wegen des Dogmas der Satzungsstrenge nicht möglich. Aber hier können nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bestimmte Arten von Geschäften an einen Zustimmungsvorbehalt geknüpft werden. Damit können auch gemeindeordnungsrechtliche Vorgaben – wie die nicht in die Autonomie des Leitungsorgans überantwortete Entscheidung des Erwerbs oder der Veräußerung von Unternehmen und Unterbeteiligungen und über den Abschluss von Unternehmensverträgen<sup>905</sup> - in die Deziisionsgewalt des Aufsichtsrats gestellt werden<sup>906</sup>.

Gleiches gilt für die GmbH mit fakultativ wie obligatorisch eingerichteten Aufsichtsrat, auch hier ist § 111 AktG anwendbar.

Problematisch an einem Zustimmungsvorbehalt ist allerdings, dass dieser nur das Innenverhältnis der Gesellschaft betrifft, die Gesellschaft also grundsätzlich an die vom Leitungsorgan abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auch bei Missachtung des Vorbehalts gebunden ist, sofern es sich nicht um einen Fall der evidenten Überschreitung der Vertretungsmacht oder der Kollusion handelt<sup>907</sup>. Bei einem Handeln entgegen des Zustimmungsvorbehalts liefert sich das Leitungsorgan allerdings dem Verdikt der Pflichtwidrigkeit aus, was eine Schadensersatzpflicht auslösen kann<sup>908</sup>. In eigenem Interesse werden also Vorstand und Geschäftsführung den Zustimmungsvorbehalt beachten. In diesem Instrument findet das Vier-Augen-Prinzip seinen Ausdruck. Besonders wichtige Arten von Geschäften können also grundsätzlich nicht im Alleingang beschlossen und ausgeführt werden.

## **e. Abstimmungen**

### **aa. Quoren**

Teile der Literatur schlagen vor, zur Wahrung eines angemessenen Einflusses in den Gesellschaften bestimmte Abstimmungsquoren gesellschaftsvertraglich zu fixieren, um ein Über-

---

<sup>904</sup> Altmeyden, NJW 2003, 2561 (2563); Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (275).

<sup>905</sup> § 73 Abs.1 S. 2 ThürKO.

<sup>906</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

<sup>907</sup> Henssler, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § 52 GmbHG Rn. 18a; Habersack, in: MüKo AktG: § 111 Rn. 129.

<sup>908</sup> Habersack, in: MüKo AktG: § 111 Rn. 129.

stimmt werden der Kommune zu verhindern<sup>909</sup>. In der GmbH gilt grundsätzlich das Mehrheitsprinzip, § 47 Abs. 1 GmbHG.

Ein aus unterschiedlichen politischen Interessen resultierendes Problem ist das der uneinheitlichen Stimmabgabe mehrerer Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung. Nach überwiegender Auffassung kann aus einem Geschäftsanteil grundsätzlich nicht gespalten abgestimmt werden, es handele sich sonst um eine Stimmenthaltung<sup>910</sup>. Eine uneinheitliche Stimmabgabe wird nur bei einem berechtigten Interesse für zulässig gehalten<sup>911</sup>. Das sei anzunehmen, wenn der Gesellschafter die Interessen von Nießbrauchern, Pfandrechtsgläubigern oder Treuhändern zu wahren habe. Fraglich ist, ob hier Interessen der Kommunalpolitik in Ansatz gebracht werden können, insbesondere an einer maßstabsgetreuen Abbildung der Stärkeverhältnisse im Gemeinderat als demokratisch legitimiertem Organ. Aus Gründen der Gleichbehandlung müssten dann aber auch sonstige (private) Gesellschafter von Aktiengesellschaften oder anderen Gesellschaften mit beschränkter Haftung ihre gesellschaftsinternen Verhältnisse über Stimmrechtsspaltungen zum Ausdruck bringen dürfen.

Um die Konsequenz der Stimmenthaltung bei gespaltenen Stimmabgabe zu umgehen, findet sich im Schrifttum eine Ansicht, welche sich für eine Stimmführerschaft des Hauptverwaltungsbeamten ausspricht<sup>912</sup>. Begründet wird dies mit der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Bürgermeisters, welche nicht durch die Zulassung einer uneinheitlichen Stimmabgabe ausgehöhlt werden dürfe. Außerdem gelte auch im Gemeinderat das Mehrheitsprinzip, d.h. Maßnahmen und Beschlüsse werden getroffen und sind umzusetzen, wenn hierfür eine Mehrheit im Gemeinderat gestimmt habe.

Das Problem lässt sich grundsätzlich auflösen, wenn man vor der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung einen die kommunalen Vertreter bindenden Gemeinderatsbeschluss verlangt oder in der Satzung des Unternehmens klarstellend festschreibt, dass sich eine uneinheitliche Stimmabgabe aus einem oder mehreren Geschäftsanteilen verbietet<sup>913</sup>.

Wollte man doch demokratisch korrekt die Mehrheitsverhältnisse im Gemeinderat abbilden, könnte auch man darüber befinden, einen Aufsichtsrat zu bestellen und in diesen Gemeindevertreter entsprechend der politischen Verteilung im Gemeinderat zu entsenden<sup>914</sup>.

---

<sup>909</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (275).

<sup>910</sup> BGH, Urt. v. 17.09.1964 – II ZR 136/62, Rn. 20; Zöllner, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 47 Rn. 20; Hillmann, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § 47 GmbHG Rn. 30; Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (282); Erle/Becker, NZG 1999, 58 (61).

<sup>911</sup> Zöllner, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 47 Rn. 20; Hillmann, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § 47 GmbHG Rn. 30.

<sup>912</sup> Becker/Erle, NZG 1999, 58 (61).

<sup>913</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (282).

<sup>914</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (282).

## **bb. Mehrstimmrechte**

Die Stimmkraft in einer GmbH bemisst sich nach der Grundregel des § 47 Abs. 2 GmbHG nach der Beteiligung, d.h. jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme. Hiervon kann statutarisch Abweichendes geregelt werden wie etwa Mehrstimmrechte<sup>915</sup>. Sie berechtigen einen Gesellschafter, mehr Stimmen abzugeben, als ihm anteilmäßig regulär zustünden. Derartige Stimmrechte sollten aber – um einem Verstoß gegen das Gleichbehandlungsverbot zu entgehen – von Anfang an im Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden<sup>916</sup>.

In der AG sind Mehrstimmrechte unzulässig, § 12 Abs. 2 AktG.

## **cc. Höchststimmrechte in der AG**

Da Mehrstimmrechte in einer Aktiengesellschaft nicht vorgesehen werden können, kann die Gemeinde alternativ nur darauf drängen, in der Satzung sogenannte Höchststimmrechte<sup>917</sup> zu fixieren, um sich vor einer Übermacht eines privaten Aktionärs zu schützen. Hält dieser mehrere Aktien, kann sein Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrags beschränkt werden, § 134 Abs. 1 S. 2 AktG. Unabhängig von der Höhe seiner Beteiligung kann das Stimmrecht des Privaten auf eine Höchstzahl begrenzt werden<sup>918</sup>. Dies stellt ein probates Mittel dar, sich bei Beschlussfassungen vor einer Überstimmung durch den privaten Mehrheitsaktionär zu schützen.

Da derartige Höchststimmrechte die Beteiligung an einer AG unattraktiv machen, weil so die Verbindung zwischen Kapitalbeteiligung und Stimmkraft gelöst wird, sollten die Höchststimmrechte auf bestimmte Beschlussgegenstände – grundlegende Strukturentscheidungen – beschränkt werden. Aus Sicht der Kommune essentiell ist der Schutz vor einer Satzungsänderung hinsichtlich des öffentlichen Zwecks als Unternehmenszweck, weshalb das Höchststimmrecht zumindest hierauf bezogen werden sollte<sup>919</sup>. Es zeigt sich daran, wie wegweisend die Aufnahme des gesetzlich nicht zwingend in die Satzung aufzunehmenden Punktes des Unternehmenszwecks ist.

---

<sup>915</sup> Zöllner, in: *Baumbach/Hueck: GmbHG*, § 47 Rn. 67.

<sup>916</sup> Zöllner, in: *Baumbach/Hueck: GmbHG*, § 47 Rn. 68; Drescher, in: *MüKo GmbHG*: § 47 Rn. 126.

<sup>917</sup> Dies gilt allerdings nur für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften.

<sup>918</sup> Schröder, in: *MüKo AktG*: § 134 Rn. 8.

<sup>919</sup> Sofern die Gemeinde nicht ohnehin schon über eine „Sperrminorität“ von 25% i.S.d. § 179 Abs. 2 AktG verfügt



## **dd. Veränderung der Abstimmungsmehrheiten für Beschlüsse des Aufsichtsrats einer AG?**

Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage, ob auch innerhalb eines Aufsichtsrats ein Überstimmtwerden gemeindlicher Vertreter verhindert werden kann, indem dort die Abstimmungsmehrheiten entgegen §§ 108 Abs. 1 direkt und 133 Abs. 1 AktG bzw. § 32 Abs. 1 S. 3 BGB analog<sup>920</sup> verändert werden. Erörterungswürdig erscheint dieses Problem gerade deshalb, da ein etwaiges durch den kommunalen Gesellschafter ausbedungenes Entsenderecht auf ein Drittel des Aufsichtsrats beschränkt ist, § 101 Abs. 2 S. 3 AktG. Mehrheitsänderungen bei paritätisch besetzten Aufsichtsräten sind grundsätzlich unzulässig<sup>921</sup>. Denn die Mehrheitsregelungen der §§ 27, 29, 31, 32 MitbestG sind zwingend<sup>922</sup>. Außerdem würden sonst auch die Rechte der Arbeitnehmervertreter geschmälert, wiewohl sie gleichberechtigte Mitglieder sind. Auch bei Entscheidungen und Aufgaben, die dem Aufsichtsrat kraft Gesetzes überantwortet sind (auch in nicht mitbestimmten Gesellschaften), ist eine Erschwerung der Beschlussfassung durch das Festlegen höherer Abstimmungsquoten in der Satzung ebenfalls nicht möglich<sup>923</sup>, auch wenn dies den Einfluss, welchen die Kommune als Gesellschafterin durch das Entsenderecht erhält, absichern und verstärken würde, da sie dann nicht nur die Organbesetzung, sondern auch die Organwillensbildung beeinflussen könnte. Anders verhält es sich, wenn dem Aufsichtsrat erst durch die Satzung Aufgabenbereiche zugewiesen werden, hier sollen größere Abstimmungsmehrheiten festgelegt werden können, sofern es sich nicht um einen paritätisch besetzten Aufsichtsrat handelt<sup>924</sup>. So ist es zwar nicht möglich, die Implementierung des Zustimmungserfordernisses für bestimmte Arten von Geschäften nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG an eine andere als die einfache Mehrheit zu knüpfen, wohl aber die konkrete Entscheidung, die einem Zustimmungsvorbehalt unterfällt<sup>925</sup>. Denn das Aktienrecht macht diesbezüglich keine Vorgabe: Weder dazu, dass der Zustimmungsvorbehalt für das konkrete Geschäft vonnöten ist noch dass eine bestimmte Mehrheit erreicht werden muss. Gleichwohl sollte auch bei der Verstärkung des Entsenderechts durch ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis zur Absicherung gegen Überstimmungen Zurückhaltung geboten sein, ist doch die Synchronisation von Entsenderecht und entsprechender Mehrheit der Struktur des

<sup>920</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

<sup>921</sup> Koch, in: Hüffer: AktG, § 108 Rn. 8; Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

<sup>922</sup> Habersack, in: MüKo AktG: § 108 Rn. 23.

<sup>923</sup> Spindler, in: in: Spindler/Stilz: AktG, § 108 Rn. 23; Habersack, in: MüKo AktG: § 108 Rn. 24.

<sup>924</sup> Spindler, in: in: Spindler/Stilz: AktG, § 108 Rn. 23.

<sup>925</sup> Habersack, in: MüKo AktG: § 108 Rn. 24; Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

Aktienrechts fremd<sup>926</sup>. Die Beschränkung der Mitglieder, die aufgrund eines Entsenderechts in den Aufsichtsrat gelangen, auf ein Drittel hat ihren Grund schließlich auch darin, einen dem Anteilsbesitz nicht entsprechenden, dominierenden Einfluss des entsendeberechtigten Aktionärs auf den Aufsichtsrat zu verhindern<sup>927</sup>.

### **ee. Stimmbindungsverträge**

Über sogenannte Stimmbindungsverträge kann das Abstimmungsverhalten eines Gesellschafters gesteuert werden<sup>928</sup>. Auf diese Weise kann auch erreicht werden, dass ein Gesellschafter – ohne an § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG (analog) gebunden zu sein – verpflichtet wird, an der Satzungsänderung mitzuwirken<sup>929</sup>. Die Bindung seines Abstimmungsverhaltens (positiv wie negativ) kann sich aber auch auf sonstige Beschlüsse beziehen<sup>930</sup>. Begünstigte eines Stimmrechtsbindungsvertrags können andere Gesellschafter sein („Stimmrechtskonsortium“), aber auch Dritte<sup>931</sup>. Diese Verträge ermöglichen auch eine Einflussnahme auf die Besetzung von Unternehmensorganen und die Sicherung von Abstimmungsmehrheiten<sup>932</sup>.

Ob ein solch schuldrechtlicher Vertrag tauglich ist, der öffentlichen Hand ihren Einfluss im Unternehmen zu sichern, mag bezweifelt werden, hängt dies doch ganz maßgeblich davon ab, ob sich der private Anteilseigner bereit erklärt, mit der Gemeinde einen solchen schuldrechtlichen Vertrag zu schließen. Außerdem bleibt zu bedenken, dass ein Verstoß gegen die in den Stimmbindungsverträgen niedergelegte Abstimmungspflicht grundsätzlich<sup>933</sup> nur Schadensersatzpflichten auslöst, nicht aber zu einer Unwirksamkeit der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung führt<sup>934</sup>. Das Instrument der Stimmbindungsverträge ist daher ein stumpfes Schwert.

---

<sup>926</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

<sup>927</sup> Spindler, in: in: Spindler/Stilz: AktG, § 101 Rn. 65; Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

<sup>928</sup> Römermann, in: Michalski: GmbHG, § 47 Rn. 474.

<sup>929</sup> Hoffmann, in: Michalski: GmbHG, § 53 Rn. 52.

<sup>930</sup> Römermann, in: Michalski: GmbHG, § 47 Rn. 475.

<sup>931</sup> Römermann, in: Michalski: GmbHG, § 47 Rn. 474.

<sup>932</sup> Römermann, in: Michalski: GmbHG, § 47 Rn. 490; Drescher, in: MüKo GmbHG: § 47 Rn. 232.

<sup>933</sup> In zwei von der Literatur kritisierten Entscheidungen hat der BGH jedoch ausnahmsweise eine Anfechtbarkeit von entgegen diesen Verträgen gefassten Beschlüssen zugelassen: BGH NJW 1983, 1910 und 1987, 1890. Abredewidrig abgegebene Stimmen sollen nur dann Auswirkungen auf den Gesellschafterbeschluss entfalten, wenn die Verträge als materieller Satzungsbestandteil aufgenommen wurden: Drescher, in: MüKo GmbHG: § 47 Rn. 231.

<sup>934</sup> Drescher, in: MüKo GmbHG: § 47 Rn. 250; Römermann, in: Michalski: GmbHG, § 47 Rn. 532 ff.; Zöllner, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 47 Rn. 117, 119; Hillmann, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § 47 GmbHG Rn. 91 f.;

## **f. Schutz vor Satzungsänderungen**

### **aa. Vorliegen einer Satzungsänderung**

Nur echte Satzungsänderungen, also solche mit korporativem Gehalt unterliegen den gesetzlichen Regelungen über Satzungsänderungen<sup>935</sup>. Hierzu zählt auch die für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden besonders wichtige Modifizierung des Gesellschaftszwecks<sup>936</sup>.

Problematisch wegen des Sozialstaatsprinzips ist die Behandlung der Fälle der Sicherung von Leistungsbedingungen, vor allem bei Aufgaben, die den Kommunen pflichtig übertragen worden sind. Aber auch sonst sind die Fälle zu bedenken, in denen die örtlichen Besonderheiten ergeben, dass bestimmte Güter oder Leistungen wichtige Voraussetzungen für die Versorgung der örtlichen Gemeinschaft darstellen, die Gemeinde folglich dafür einzustehen hat, dass sie dauerhaft, ordnungsgemäß und zu angemessenen Konditionen (vor allem was die tarifliche Gestaltung und den Zugang zu diesen Leistungen betrifft) sichergestellt ist. Fraglich ist, ob diese Bedingungen entweder bereits Satzungsbestandteil sind (namentlich zum Unternehmensgegenstand gehören) oder ob sie zumindest zu ihnen gemacht werden können. Ist dies zu verneinen, ist im Falle der AG davon auszugehen, dass die Festlegung der Leistungskonditionen in den Kompetenzbereich des weisungsfreien Vorstandes fällt. Dessen Unabhängigkeit kann nur mittels Festlegung von bestimmten Arten von Geschäften eingeschränkt werden, für welche die Zustimmung des Aufsichtsrats notwendig ist, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

Einzugrenzen ist folglich zunächst, was zum „Unternehmensgegenstand“ im Sinne des § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG gehört. Der Unternehmensgegenstand beschreibt die Art der Tätigkeit, welche die Gesellschaft zu betreiben beabsichtigt<sup>937</sup>. Pauschale Beschreibungen reichen nicht aus. Eine Individualisierung und genauere Eingrenzung ist erforderlich, auch um das Tätigkeitsfeld für die Geschäftsführung zu umreißen; dies dient letztlich auch dem Schutz von Aktionären<sup>938</sup>. Dieser Schutzzweck wird im Grunde nicht konterkariert, wenn die Bedingungen, zu denen die Leistungen des Unternehmens am Markt angeboten werden, näher bezeichnet werden. Geht man aber davon aus, dass mit dem Unternehmensgegenstand der Tätigkeitsbereich des Vorstandes vorgezeichnet wird<sup>939</sup>, ließe sich hören, diesen Rahmen zu präzisieren, indem auch Richtlinien über die Art und Weise des Leistungsangebots statutarisch fixiert

<sup>935</sup> Zöllner/Noack, in: *Baumbach/Hueck: GmbHG*, § 53 Rn. 21 f.

<sup>936</sup> Zöllner/Noack, in: *Baumbach/Hueck: GmbHG*, § 53 Rn. 21.

<sup>937</sup> Pentz, in: *MüKo AktG*, § 23 Rn. 69.

<sup>938</sup> Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 2. C. Rn. 10.

<sup>939</sup> Vgl. OLG Frankfurt OLGZ 1987, 40 f.

werden. Im Ergebnis wird hierdurch auch der Schutz von Aktionären nicht geschmälert, da sie aufgrund der Aufnahme von Leistungsbedingungen in der Satzung wissen, was sie erwartet und wie sich das Unternehmen am Markt positioniert. Aus Sicht der Kommune wäre eine Zurechnung dieser Konditionen als Bestandteil des Unternehmensgegenstandes deshalb von Vorteil, weil der Vorstand hieran gebunden wird, sich also bei einem unternehmensgegenstandswidrigen Handeln schadensersatzpflichtig machen würde<sup>940</sup>. Zu bedenken ist allerdings die Unterscheidung zwischen der Leitung des Unternehmens (§ 76 Abs. 1 AktG) und der Geschäftsführung (§ 77 AktG)<sup>941</sup>, deren Rahmen wird nur durch § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG festgelegt. Einigkeit besteht darüber, dass dem Vorstand durch eine Satzungsgestaltung nicht die Befugnis zur Leitung des Unternehmens im Sinne des § 76 Abs. 1 AktG genommen werden kann<sup>942</sup>. Die Leitungsaufgaben genau zu definieren, ist aufgrund der Diversität der Unternehmen nicht möglich, doch werden allgemein die Gegenstände des Vertriebsprozesses, die Ausrichtung des Produktionsprozesses, die Sozialgestaltung, Vertragsschlüsse u.ä.<sup>943</sup> zur Leitungskompetenz des Vorstandes gezählt. Hierzu wird man auch die preisliche Gestaltung, die Bedingungen der Leistungserbringung, das Auftreten am Markt zu rechnen haben mit der Folge, dass sie einer abweichenden oder ergänzenden Satzungsgestaltung nicht zugänglich sind.

Nach § 23 Abs. 5 AktG können in der Satzung der Aktiengesellschaft wegen des Gebots der Satzungsstrenge nur eingeschränkt abweichende Bestimmungen aufgenommen werden, nämlich dann, wenn sie ausdrücklich gestattet sind, es sich also nicht um zwingendes Recht handelt (S. 1). Eine Abweichung liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung durch eine andere ersetzt wird<sup>944</sup>. „Ausdrücklich“ zugelassen wird die Ersetzung nur bei einer eindeutigen positiven Aussage des Gesetzes, ist doch insofern das Gebot der Rechtssicherheit zu beachten<sup>945</sup>. Aktionäre und Gläubiger müssen sich darauf verlassen können, dass es grundsätzlich bei den aktienrechtlich normierten Regelungen mit ihrem intendierten Kapitalanlageschutz bleibt. Das AktG verwendet insofern häufig Formulierungen wie „wenn die Satzung nichts anderes bestimmt“. Für eine Abweichung von der Leitungsbefugnis des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG bestehen keine (ausdrücklichen) Anhaltspunkte.

<sup>940</sup> Pentz, in: MüKo AktG: § 23 Rn. 86.

<sup>941</sup> Spindler, in: MüKo AktG: § 76 Rn. 14; Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 76 Rn. 8.

<sup>942</sup> Spindler, in: MüKo AktG: § 76 Rn. 14; Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 76 Rn. 8.

<sup>943</sup> Spindler, in: MüKo AktG: § 76 Rn. 16; Koch, in: Hüffer: Aktiengesetz, § 76 Rn. 9; Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § 76 AktG Rn. 6 f.

<sup>944</sup> Pentz, in: MüKo AktG: § 23 Rn. 160.

<sup>945</sup> Pentz, in: MüKo AktG: § 23 Rn. 160.

Nach S. 2 können in der Satzung auch ergänzende Bestimmungen aufgenommen werden<sup>946</sup>. Dann können auch nicht korporative oder bloß Gesetzesergänzende Bestimmungen getroffen werden<sup>947</sup>. Eine Ergänzung ist in der Regel dann zulässig, wenn das Gesetz sich zu einer bestimmten Frage nicht äußert, sie offen lässt, oder wenn sie nur in Details ausgestaltet wird<sup>948</sup>. Eine Erweiterung/Ergänzung ist aber bei einer abschließenden Regelung im AktG ausgeschlossen. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Leitung ist allerdings dem Vorstand zwingend vorgeschrieben. Dies ergibt sich auch daraus, dass § 111 Abs. 4 S. 2 AktG nur eine „Ausnahme“ von sonst dem Vorstand zugewiesenen Aufgaben hinsichtlich der Geschäftsführung macht. Zur Leitung des Unternehmens und der Einflussnahme durch den Aufsichtsrat äußert sich die Norm nicht, was für die alleinige Verantwortung des Vorstandes spricht. Leitungsentscheidungen können nicht auf ein anderes Organ übertragen werden<sup>949</sup>, was dagegen spricht, die Gesellschafter im Rahmen des Satzungserlasses über solche Fragen (auch nur ergänzend) bestimmen zu lassen.

Für die AG lässt sich damit festhalten, dass die Bereiche der Leistungsgestaltung und –politik in der eigenverantwortlichen Deziisionsgewalt des Vorstandes liegen, also nicht durch Satzungsgestaltung beeinflusst werden können und damit auch nicht durch Erschwernisse bei der Satzungsänderung abgesichert, beeinflusst oder präjudiziert werden können.

Anderes gilt im Rahmen der GmbH, da hier das Gebot der Satzungsstrenge nicht gilt. Das Unternehmensstatut kann im Wesentlichen frei gestaltet werden. Regelungen zur Preispolitik und zum Zugang zur Leistung oder zum Erwerb der offerierten Güter sind statutarisch fixierbar und können mittels „anderer Erfordernisse“ im Sinne des § 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG vor gesellschaftsvertraglichen Modifikationen abgesichert werden.

## **bb. Anforderungen an Satzungsänderungen**

Gesellschaftsrechtlich ist für eine Satzungsänderung in einer AG eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich, in einer GmbH eine dreiviertel Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Nach § 179 Abs. 2 S. 1, 2 AktG kann die Satzung eine andere Kapitalmehrheit vorsehen und nach § 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG kann der Gesellschaftsvertrag „noch andere Erfordernisse“ vorschreiben. Die dreiviertel Mehrheiten in den Abstim-

---

<sup>946</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2. C. Rn 13, 17: Hierzu zählen insbesondere Vorgaben über die Organisation sowie Vorschriften über Satzungsänderungen, Verfahren und den Abschluss von Unternehmensverträgen.

<sup>947</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2. C. Rn. 13, 18.

<sup>948</sup> Pentz, in: MüKo AktG: § 23 Rn. 165.

<sup>949</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2. C. Rn. 45.

mungen betreffen nur einfache Satzungsänderungen. Für bestimmte Arten inhaltlicher Anpassungen des Gesellschaftsstatuts (sogenannte qualifizierte Fälle von Satzungsänderungen) sind allerdings weitere gesetzliche Anforderungen zu beachten<sup>950</sup>. Dies trifft hier gerade auch auf die Änderung des Grundzwecks der Gesellschaft zu: Für dessen Änderung gilt § 33 Abs. 1 S. 2 BGB (analog), d.h. es ist die Zustimmung aller Gesellschafter notwendig<sup>951</sup>. Dieses Einstimmigkeitserfordernis schützt davor, eine Satzungsänderung durch private Mehrheitsgesellschafter gegen den Willen der Kommune durchzubringen, welche kommunalwirtschaftlichen Vorgaben widerspricht und daher eine wirtschaftliche Betätigung für die Gemeinde unzulässig machen würde. Ohne die Zustimmung der Gesellschafter ist die geänderte Satzung schwebend unwirksam<sup>952</sup>. Da sich das Zustimmungserfordernis bereits aus dem Gesetz ergibt, muss sich die Gemeinde als Gesellschafterin dies nicht gesondert ausbedingen.

Auf „andere“ oder „weitere“ Erfordernisse sollte die Kommune hinwirken, um eine Änderung einer ihren Vorstellungen bereits entsprechenden Satzung zu obstruieren. Unter „anderen“ oder „weiteren“ Erfordernissen für Satzungsänderungen (im Sinne des § 179 Abs. 2 S. 3 AktG, § 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG) sind nur erschwerende oder erleichternde Bedingungen gemeint<sup>953</sup>. Weitere Erfordernisse können auch auf bestimmte Inhalte des Gesellschaftsvertrags beschränkt werden<sup>954</sup>.

Weitere Erfordernisse, die zur Voraussetzung für eine Änderung des Gesellschaftsstatuts erhoben werden können, sind z.B. Zustimmungsvorbehalte<sup>955</sup> zugunsten der öffentlichen Hand als Gesellschafterin, sofern dies statutarisch fixiert wurde, § 53 Abs. 2 S. 2 GmbHG, handelt es sich doch um Sonderrechte von Gesellschaftern. Sie können nicht Dritten oder Nichtgesellschaftern – also auch nicht dem Gemeinderat oder der Kommunalaufsicht – eingeräumt werden, würde doch sonst die grundlegende Kompetenz der Gesellschafterversammlung berührt, über die wesentlichen Grundlagen der Gesellschaft und über wichtige Entscheidungen zu beschließen<sup>956</sup>. Die Änderung des Gesellschaftsvertrags ist eine solche Entscheidung, da das Gesetz in § 53 Abs. 1 GmbHG hervorhebt, dass das Gesellschaftsstatut nur durch Beschluss der Gesellschafter geändert werden kann.

---

<sup>950</sup> Trölitzsch, in: BeckOK GmbHG: § 53 Rn. 17; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 53 Rn. 28: Sogenannte qualifizierte Fälle der Satzungsänderung.

<sup>951</sup> Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck: GmbHG, § 53 Rn. 29.

<sup>952</sup> Trölitzsch, in: BeckOK GmbHG: § 53 Rn. 17.

<sup>953</sup> Harbarth, in: MüKo GmbHG: § 53 Rn. 123; Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 53 Rn. 22.

<sup>954</sup> Harbarth, in: MüKo GmbHG: § 53 Rn. 123.

<sup>955</sup> Harbarth, in: MüKo GmbHG: § 53 Rn. 66, 123; Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 53 Rn. 22; Garbe-Emden, LKV 2013, 97 (99).

<sup>956</sup> Harbarth, in: MüKo GmbHG: § 53 Rn. 55, 57, 123; Hoffmann, in: Michalski: GmbHG, § 53 Rn. 57; Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 53 Rn. 22; Engelland, DÖV 1996, 71 (72 f.).

Zustimmungsvorbehalte zugunsten von Mitgesellschaftern hingegen berühren die Satzungsautonomie der Gesellschafter (§ 53 Abs. 1 GmbHG) nicht<sup>957</sup>.

### **g. Besetzung von Unternehmensorganen**

Die Besetzung von Mitgliedern der Organe des Unternehmens bietet nicht nur die Möglichkeit, die Geschäftspolitik des Unternehmens, seine Ausrichtung und seine Geschicke zu beeinflussen, ist folglich nicht nur ein Steuerungsinstrument, sondern zugleich auch ein Pfeiler zur Abstützung des Gebots der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt ausübenden Stellen und damit eine verfassungsnormativ geforderte Strukturdirektive für die Ausgestaltung öffentlicher Unternehmen. Über direkte Einflussnahmemöglichkeiten auf die personelle Zusammensetzung – via Bestellung und Abberufung einzelner Mitglieder – reichen die Gemeinde die ihren Gemeinderatsvertretern über die Kommunalwahl mediatisierte demokratische Legitimation im Sinne personeller Legitimation weiter, mit anderen Worten besteht dann eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswalter; das jeweilige Mitglied leitet seine eigene personelle Legitimation von seinerseits unmittelbar demokratisch legitimierten Amtswalter ab<sup>958</sup>.

### **aa. Vorschlagsrecht hinsichtlich des AG-Vorstands**

Bindende Vorschlagsrechte der Gemeinde können aufgrund des (nicht dispositiven) § 84 Abs. 1 S. 1 AktG nicht eingeräumt werden<sup>959</sup>. Der Aufsichtsrat bestellt den Vorstand. Regelungen wie § 113 Abs. 4 GO NRW, die nicht verlangen, dass sich die Kommune derartige Vorschlagsrechte einräumt oder einräumen lässt, sie aber als mögliche Absicherung des kommunalen Einflusses zur Wahl stellt, können insofern ebenfalls keine Bindung bewirken oder aktienrechtliche Vorgaben überspielen. Auf die Besetzung des Vorstandes einer AG kann die Kommune nur mittelbar über die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern Einfluss nehmen, wobei auf diese aufgrund ihres freien Mandats nicht mit Weisungen eingewirkt werden kann.

---

<sup>957</sup> Hoffmann, in: Michalski: GmbHG, § 53 Rn. 58.

<sup>958</sup> BVerfGE 107, 59 (87 f.).

<sup>959</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (277).

## **bb. Geschäftsführerbestellung und –abberufung**

Die Geschicke des Unternehmens in GmbH-Form werden erheblich durch die Person des Geschäftsführers beeinflusst. Daher sollte die Gemeinde bereits bei Gründung der Gesellschaft auf die Aufnahme der Geschäftsführerbestellung im Gesellschaftsvertrag hinwirken<sup>960</sup>. Das gilt vornehmlich dann, wenn sie lediglich Minderheitsgesellschafterin ist, da sonst die Regel des § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG eingreift, wonach der Geschäftsführer durch Beschluss (Mehrheitsbeschluss, § 47 Abs. 1 GmbHG) bestellt wird. Alternativ könnten besondere Bedingungen für die Bestellung oder Abberufung – insbesondere sollten hier die Fälle aufgelistet werden, aufgrund derer überhaupt nur eine Abbestellung möglich ist - auch im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung niedergeschrieben werden<sup>961</sup>. Die Abberufungsmöglichkeit aus § 38 Abs. 2 GmbHG wegen eines wichtigen Grundes ist allerdings nicht dispositiv<sup>962</sup>.

Die Gemeinde kann sich zumindest als Sonderrecht Benennungs- und Abberufungsrechte ausbedingen und so unmittelbar die Besetzung des Organs beeinflussen. Mittels Vetorechten oder Zustimmungsrechten kann sie sich ferner davor schützen, dass ein von der Gemeinde bestimmter oder aufgrund ihres Wirkens bereits im Gesellschaftsvertrag bestellter Geschäftsführer durch einen Gesellschafterbeschluss abberufen wird und eine Person an seiner Stelle eingesetzt wird, die nicht ausreichend Gewähr für die Verfolgung kommunaler Interessen bietet.

## **cc. Entsenderechte**

Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in fakultativen Aufsichtsräten kann sich nach der Grundregel des § 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 101 Abs. 1 AktG entweder durch Wahl oder durch Entsendung vollziehen – eine Bestellung geborener Aufsichtsratsmitglieder bereits in der Satzung ist daneben aber auch möglich<sup>963</sup>. Im Aktienrecht ist für die Wahl der Mitglieder durch die Hauptversammlung (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG) grundsätzlich nur die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, § 133 Abs. 1 AktG, sofern nicht das Gesetz oder die Satzung ein höheres Quorum oder weitere Erfordernisse vorsehen. In der GmbH wird

<sup>960</sup> Kallrath, MittRhNotK 1999, 325 (326).

<sup>961</sup> Zu den Einzelheiten, vor allem was die konkrete Satzungs- und Vertragsgestaltung betrifft: Kallrath, MittRhNotK 1999, 325 (326 f.). Er weist insbesondere darauf hin, die Abberufungs- und Bestellungsmodalitäten ausdrücklich in der Satzung aufzunehmen sind, um der Gefahr zu entgehen, dass diese Bestimmungen lediglich als unechter Satzungsbestandteil ausgelegt werden, die durch einfachen Gesellschafterbeschluss geändert werden können.

<sup>962</sup> BGH NJW 1983, 938; vgl. auch BGH NJW 1969, 131.

<sup>963</sup> Keßler, GmbHR 2000, 71 (75).



gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG auch mit einfacher Mehrheit abgestimmt. Würden keine besonderen Bestimmungen getroffen, hätte dies in der AG und der GmbH jeweils zur Folge, dass der Mehrheitsgesellschafter über die Aufsichtsratspositionen entscheiden könnte<sup>964</sup>. Darüber hinaus bleibt im Falle der AG zu bedenken, dass durch die personelle Besetzung des Aufsichtsrats auch diejenige des Vorstandes präjudiziert wird, wird dieser doch vom Aufsichtsrat gewählt, § 84 Abs. 1 S. 1 AktG. Um losgelöst vom Umfang der Kapitalbeteiligung direkten Einfluss auf die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats nehmen zu können und um diesen mit kommunalen Vertretern auszustatten, die ausreichend Gewähr für ein Handeln im Interesse der Gemeinde bieten, sollten in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag Entsenderechte zugunsten der öffentlichen Hand begründet werden<sup>965</sup>. Ein Entsenderecht ist ein Sonderrecht, muss also statutarisch verankert sein und kann dem Gesellschafter nicht ohne dessen Zustimmung entzogen werden<sup>966</sup>.

Nach der gesetzlichen Grundregel des § 101 Abs. 2 S. 4 AktG ist die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern aufgrund eines Entsenderechts jedoch zahlenmäßig auf 1/3 der Mitgliederzahl beschränkt, ein Mehrheitsbeschluss allein durch entsandte Vertreter der Kommune könnte mithin nicht erreicht werden. Allerdings wird in § 52 Abs. 1 GmbHG nicht auf § 101 Abs. 2 AktG verwiesen, ist folglich nicht anwendbar<sup>967</sup>. Daher ist es für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH möglich, Entsenderechte in größerem Umfang vorzusehen. Aber auch in der mitbestimmten GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat findet die Beschränkung des § 101 Abs. 2 AktG keine Anwendung, verweisen doch die §§ 6 Abs. 2, 8 MitbestG hierauf nicht<sup>968</sup>. Abberufungs- und Entsendemöglichkeiten können wegen der recht eingeschränkten Verweisung auf aktienrechtliche Vorschriften für Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats relativ frei ausgestaltet werden<sup>969</sup>. Für die GmbH mit obligatorischem Aufsichtsrat ergibt sich etwa aus § 6 Abs. 2 MitbestG eine Anwendung von § 103 AktG. Dieser bestimmt in Abs. 2 für die aufgrund eines Entsenderechts in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder, dass diese (etwa von der sie mandatierenden Gemeinde) jederzeit grundlos abberufen werden können, solange deren Entsendungsrecht fortbesteht. Die Kommune sollte sich insbesondere dann zur Abberufung veranlasst sehen, wenn sich ihre Repräsentanten über kommunalpolitische Belange hinwegsetzen. Die Gemeinde sollte sich daher auch für die GmbH mit fakultativem

---

<sup>964</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2. C., Rn. 63.

<sup>965</sup> Vgl. § 101 Abs. 2 AktG.

<sup>966</sup> Spindler, in: MüKo GmbHG, § 52 Rn. 139.

<sup>967</sup> Vgl. Giedinghagen, in: Michalski: GmbHG, § 52 Rn. 90; Spindler, in: MüKo GmbHG: § 52 Rn. 140.

<sup>968</sup> Oetker, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht: § 8 MitbestG, Rn. 3.

<sup>969</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (282).

Aufsichtsrat die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit vorbehalten<sup>970</sup>. Dieses ihr eingeräumte Recht schwebt nämlich dann als Damoklesschwert über ihren Vertretern im Aufsichtsrat, welche bei von Gemeinderatsbeschlüssen abweichendem Verhalten ihre Abberufung fürchten müssen und sich deshalb in aller Regel an die Linie der kommunalen Politik halten werden. Die Entsende- bzw. Abberufungsmöglichkeit kann nach allgemeiner Auffassung in einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat wegen der weitestgehend freien Gestaltung des Gesellschaftsvertrags auch Dritten bzw. Nichtgesellschaftern – auch in Form juristischer Personen – eingeräumt werden<sup>971</sup>, insbesondere etwa dem Gemeinderat, könnte doch in einer solchen Gesellschaft auch ein neues Organ (etwa ein Beirat) kreiert werden, welchem das Entsenderecht eingeräumt und welches sämtlich mit Gemeinderatsvertretern besetzt werden kann. Wegen dieser möglichen Personalunion würde es eine unnötige organisatorische Förmerei bedeuten, die Schaffung eines besonderen Organs zu fordern und nicht etwa dem Gemeinderat als Nichtgesellschaftsorgan das Entsenderecht einzugestehen.

#### **h. Einrichtung eines Beirats**

Die Einrichtung eines neuen Organs, eines in der Regel sogenannten „Beirats“<sup>972</sup>, ist sowohl in der mitbestimmten wie nicht mitbestimmten GmbH möglich<sup>973</sup>. Ihm können die Befugnisse eines Aufsichtsrats zugeordnet werden, sodass er umfänglich die Geschäftsführung überwachen kann. Dann handelt es sich allerdings unabhängig von der Bezeichnung um einen (ggf. fakultativen) Aufsichtsrat<sup>974</sup>. Ihm können aber auch lediglich influenzierende Mitwirkungsbefugnisse eingeräumt werden, mithin kann er auf eine beratende Funktion beschränkt sein. Dem Beirat können zudem Geschäftsführungskompetenzen zugewiesen werden, dann wird er häufig auch als „Verwaltungsbeirat“ benannt<sup>975</sup>. Sollen die Regelungen des § 52 Abs. 1 GmbHG, welche die Funktionsfähigkeit eines eingerichteten Aufsichtsrats gewährleisten sollen, nicht direkt oder analog zur Anwendung gelangen, sollten explizite Regelungen zur Mitgliederbestellung und –abberufung, Dauer, den genauen Aufgaben, Kompetenzen und Pflichten<sup>976</sup> getroffen werden.

---

<sup>970</sup> So schreibt etwa § 98 Abs. 2 S. 3 SächsGO ganz allgemein – ohne Differenzierung zwischen obligatorischem oder fakultativem Aufsichtsrat – vor, dass die Entsendung der Aufsichtsratsmitglieder widerruflich ist.

<sup>971</sup> *Spindler*, in: MüKo GmbHG: § 52 Rn. 140 f.

<sup>972</sup> Dazu ausführlich: *Robertz*, MittRhNotK 1991, 239 ff.

<sup>973</sup> *Wälzholz*, LKV 2003, 511.

<sup>974</sup> *Wälzholz*, LKV 2003, 511 (512); *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 2. F. Rn. 77.

<sup>975</sup> *Wälzholz*, LKV 2003, 511 (512).

<sup>976</sup> Vgl. *Wälzholz*, LKV 2003, 511 (512).

## **2. Sicherungsmöglichkeiten außerhalb des Gesellschaftsrechts**

### **a. Beschränkung der Vertretungsmacht kommunaler Vertreter**

Um sicherzustellen, dass kommunalpolitischen Interessen nicht zuwidergehandelt wird, sollten in den Gemeindeordnungen von vornherein Beschränkungen der Vertretungsmacht gemeindlicher Vertreter in der Gesellschafterversammlung angeordnet werden.

Die Stimmabgabe ist eine (empfangsbedürftige) Willenserklärung, auf die die bürgerlich-rechtlichen Regelungen Anwendung finden<sup>977</sup>. Nach der Rechtsprechung verfügen die Repräsentanten der Kommune in der Gesellschafter-/Hauptversammlung über eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht<sup>978</sup>. Das rechtliche Können des Stimmrechtsvertreters bestimmt sich also nach den §§ 164 ff. BGB<sup>979</sup>. Die zivilrechtlichen Grundsätze des Vertreters ohne Vertretungsmacht<sup>980</sup> nach den §§ 177 ff. BGB bzw. vom Missbrauch der Vertretungsmacht kommen damit zur Anwendung mit der Folge, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Rechtsfiguren die abgegebenen Willenserklärungen nicht für und gegen den Vertretenen wirken. Die kommunalen Repräsentanten in der Gesellschafter-/Hauptversammlung können daher hinsichtlich ihrer Vertretungsbefugnis eingeschränkt werden, sodass bei der Beschlussfassung nur bindend abgestimmt werden kann.

Fraglich ist allerdings, ob die Gemeindeordnungen Vorschriften über die Beschränkung der Vertretungsmacht über das Innenverhältnis zwischen Gemeinde und Vertreter hinaus Wirkungen entfalten können. Dies ist zu bejahen. Wenn es sich schon bei bloßen Formvorschriften in den Gemeindeordnungen, welche die gemeindlichen Vertreter bei der Abgabe von Willenserklärungen zu beachten haben, um materielle Normen zur Beschränkung der Vertretungsmacht handelt, die auch im Außenverhältnis – also nicht nur im Interorganverhältnis – Wirkung entfalten<sup>981</sup>, dann muss dasselbe erst recht bei normierten materiellen Einschränkungen der Vertretungsbefugnisse gelten<sup>982</sup>. Bei einer unbeschränkt erteilten Vertretungsmacht liegt nämlich sonst keine Überschreitung des rechtlichen Könnens vor. Zu unsicher wäre es hingegen, auf eine Einzelfallanordnung – genauer: Beschränkung – durch Gemeinderatsbe-

<sup>977</sup> *Wicke*, in: *Wicke: GmbHG*, § 47 Rn. 7; *Kiefner/Friebel*, NZG 2011, 887 (888).

<sup>978</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 22.08.2008 – 1 K 4682/07 = BeckRS 2008, 38517 zu § 113 GO NRW; vgl. zum Vertretungsmodell: *Erle/Becker*, NZG 1999, 58 (61).

<sup>979</sup> *Kiefner/Friebel*, NZG 2011, 887 (888).

<sup>980</sup> *Römermann*, in: *Michalski: GmbHG*, § 57 Rn. 438 ff.

<sup>981</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 1528.

<sup>982</sup> Wie etwa in § 74 Abs. 1 S. 1 ThürKO postuliert. Allerdings ist der Anwendungsbereich dieser Norm sehr schmal und auf die Zustimmung zur Kreditaufnahme bezogen, betrifft also nicht sonstige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, welche relevant für den öffentlichen Zweck sein können.

schluss zu vertrauen. Vertreten wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung allerdings auch die Auffassung, die Gemeinde könne sich nicht auf (auch normierte) Überschreitungen der Vertretungsmacht gegenüber Dritten berufen – mit der Folge der schwebenden Unwirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung –, da Außenstehenden nicht das Risiko aufgebürdet werden dürfe, dass kommunale Vertreter die Gemeindeordnungen falsch anwenden<sup>983</sup>. Etwas anderes gelte nur dann, wenn dem Dritten die Kompetenzüberschreitung bekannt gewesen sei oder er diese hätte erkennen können; sofern es aber um die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten durch den Bürgermeister, der regelmäßig entsandter kommunaler Vertreter in der Gesellschafterversammlung sein wird<sup>984</sup>, gehe, sei die Frage der Bindung an einen vorherigen Gemeinderatsbeschluss wegen der Befassung mit einer Angelegenheit, die nicht mehr zur laufenden Verwaltung gehöre und damit nicht mehr in die eigenverantwortliche Entscheidung des Hauptverwaltungsbeamten gestellt sei<sup>985</sup>, schwer zu beantworten.

Die Unsicherheiten bei der Auslegung dessen, was kommunalrechtlich als Angelegenheit der laufenden Verwaltung zu verstehen ist, darf sich in der Tat nicht zulasten des Dritten auswirken, er muss sich vielmehr auf die Vertretungsbefugnis verlassen dürfen, weshalb die Stimmgabe in der Gesellschafterversammlung **nicht unwirksam** ist<sup>986</sup>.

Der Dritte wird jedoch dann **nicht** mit Rechtsunsicherheiten belastet oder in seinem Vertrauen enttäuscht, wenn in den Gemeindeordnungen ein eindeutiger, Auslegungsfragen nicht stellender, Katalog an Gegenständen aufgenommen wird, bei denen eine Zustimmung des Gemeinderats vor Fassung eines Gesellschafterbeschlusses aufgenommen wird. Denn dann ist eine Beschränkung der Vertretungsmacht offensichtlich bzw. hätte dem Dritten bekannt sein müssen.

## **b. Betätigungskontrolle und Beteiligungsverwaltung**

Gerade im Falle der Beteiligungsgesellschaften kann die Bedeutung der permanenten Überwachung der Unternehmenstätigkeit nicht unterschätzt werden. Nur so können Fehlentwicklungen offenbar und nur so kann auf sie mit den erforderlichen Maßnahmen reagiert werden. Es sollte daher eine Beteiligungsverwaltung<sup>987</sup> eingerichtet werden; der Sache nach handelt es

<sup>983</sup> Darstellung: OLG Jena, Beschl. v. 12.01.2011 – 1 Ws 352/10 = BeckRS 2011, 15232.

<sup>984</sup> Wegen § 31 Abs. 1 ThürKO; *Altmeppen*, NJW 2001, 2561 (2562).

<sup>985</sup> Siehe insofern § 29 Abs. 2 ThürKO.

<sup>986</sup> OLG Jena, Beschl. v. 12.01.2011 – 1 Ws 352/10 = BeckRS 2011, 15232.

<sup>987</sup> Teilweise wird auch in diesem Zusammenhang von „Beteiligungsmanagement“ oder „Beteiligungscontrolling“ gesprochen: *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 251; *Neumann*, LKV 2000, 493 (494).

sich hierbei um eine „Inhaberaufsicht“<sup>988</sup>. Das Beteiligungsmanagement überspannt grundsätzlich alle kommunalen Unternehmen und dient dazu, Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten zu sichern und gegebenenfalls bei Abweichungen vom vorgestellten Ablauf zu adaptieren<sup>989</sup>. Außerdem werden hiermit die unterschiedlichen Anforderungen steuerungstechnischer, betriebswirtschaftlicher und kontrollierender Art gebündelt und koordiniert<sup>990</sup>. Die Beteiligungsverwaltung ermöglicht Transparenz, konterkariert aber wegen § 395 Abs. 1 AktG nicht notwendigerweise gesellschaftsrechtliche Geheimhaltungsinteressen, verlängert sich doch hierdurch die Verschwiegenheitspflicht auf die mit der Beteiligungsverwaltung beauftragten kommunalen Mitarbeiter.

In diesem Rahmen sollte die Erstellung sogenannter Beteiligungsberichte<sup>991</sup> als Instrument, einen Überblick über die wirtschaftliche Betätigung der Kommune im jeweiligen Unternehmen zu erhalten, angeordnet werden. Dieser sollte aber nicht von einer bestimmten Beteiligungsquote<sup>992</sup> abhängig gemacht werden, da auch darunter liegende Beteiligungen wirtschaftlich wesentlich sind. Mit solchen Quoten würden Anreize geschaffen, sich in geringerem Umfang an anderen Unternehmen zu beteiligen, um so unliebsamen Rechenschafts- und Dokumentationspflichten zu entkommen.

Ebenso wie Lagebericht und Jahresabschluss, welche von den Kapitalgesellschaften selbst zu erstellen sind, sind die von der Gemeinde zu erarbeitenden Beteiligungsberichte jährlich zu fertigen<sup>993</sup> und in der Regel Gemeinderat und Rechtsaufsicht vorzulegen<sup>994</sup>. Sie sind damit Bestandteile der innerkommunalen Kontrolle. Die Berichte enthalten u.a. Angaben über die Beteiligungsverhältnisse am Unternehmen, die Organbesetzung und den Stand der Zweckerreichung<sup>995</sup>. Damit hat sich die Kommune einer ständigen Aufgabenkritik zu stellen<sup>996</sup>. Kritisch bemerkt wird in der Literatur allerdings, dass auch Beteiligungsberichte (allein) nicht genügen, um in den Gemeinden bei wirtschaftlicher Betätigung in Privatrechtsform mangels hinreichender Detailangaben über die operative Unternehmensführung eine effektive Kontrolle zu attestieren<sup>997</sup>.

---

<sup>988</sup> Ehlers, Verwaltung, S. 168.

<sup>989</sup> Eingehend zu Aufgaben und Strukturen einer solchen Beteiligungsverwaltung: Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 251 ff.

<sup>990</sup> Grünewald, in: Danner/Theobald: Energierecht B 1. – Einführung in das Kommunalwirtschaftsrecht, Rn. 67.

<sup>991</sup> § 75a ThürKO.

<sup>992</sup> In Thüringen: 25%, § 75a ThürKO.

<sup>993</sup> § 75a Abs. 1 S. 1 ThürKO.

<sup>994</sup> § 75a Abs. 3 ThürKO.

<sup>995</sup> § 75a Abs. 2 Nr. 1 und 2 ThürKO.

<sup>996</sup> Sydow/Gebhardt, NvWZ 2006, 986 (991).

<sup>997</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 250.

Beim Beteiligungscontrolling wird überprüft, ob das Unternehmen die ihm zugewiesene Aufgabe zuweisungsgemäß verfolgt, mithin wird der Erfüllungsgrad kontrolliert und Quantität und Qualität der angebotenen Leistung geprüft<sup>998</sup>. Mit seiner Hilfe soll das Unternehmen in die kommunalpolitisch wie –rechtlich gewünschte Richtung gesteuert werden können. Das Controlling rekurriert denn auch auf die Berichte, die im Rahmen der Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle (Jahresabschluss, Lagebericht, Wirtschaftsplan und dergleichen) aufzustellen sind, gleicht ab, ob Ziele und Ergebnisse übereinstimmen. Dieses Instrument bietet, begleitend durchgeführt, Chancen, Zielabweichungen frühzeitig zu erkennen und auf diese korrigierend zu reagieren. Nachbereitend bedeutet es eine Rechenschaftspflicht und Verantwortungsübernahme, die auf das Verhalten der Kommune als Gesellschafterin vorwirkt, weiß diese doch, dass sie sich entsprechend den zugrunde gelegten Finanz- und Wirtschaftsplänen und –berichten erklären wird müssen.

Eine Beteiligungsverwaltung ermöglicht eine Überwachung und Steuerung gemeindlicher Unternehmen und eine Einbeziehung der Kommune selbst in das Risikomanagement ihrer Unternehmen<sup>999</sup>. Erforderlich sind aber konkrete gesetzliche Vorgaben, mit welchen Vehikeln dieses Beteiligungsmanagement auszustatten ist und welche Maßnahme die Kommunen und sonstigen Prüfungsbehörden ergreifen können und müssen, um die Führung der gemeindlichen Unternehmen in gesetzeskonformer, zweckentsprechender und wirtschaftlicher Art zu überprüfen.

Einige Bundesländer sehen eine permanente Überwachung der Einhaltung der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für kommunale Unternehmen vor<sup>1000</sup>. Damit wird abgesichert, dass die Schrankentrias nicht nur im Zeitpunkt der Errichtung, Übernahme, wesentlichen Erweiterung von oder die Beteiligung an einem Unternehmen zu erfüllen ist<sup>1001</sup>, sondern auch im gesamten Zeitraum seines Bestehens. Zur Ausübung der Betätigungskontrolle gehört auch der Nachvollzug, ob die Unternehmen der Gemeinde wirtschaftlich gehandelt haben. Die Gemeindeordnungen schreiben vor, dass Jahresabschluss – bestehend aus Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, § 242 Abs. 3 HGB - und Lagebericht grundsätzlich nach den für große Kapitalgesellschaften geltenden Bestimmungen des HGB (3. Buch) aufgestellt und geprüft werden<sup>1002</sup>. Dies sollte weiterhin beibehalten werden. Klargestellt werden sollte, dass dies

---

<sup>998</sup> Wolfrum, Strategisches Beteiligungscontrolling bei kommunalen Unternehmen, S. 14.

<sup>999</sup> Wehnert, LKV 2014, 160 (162).

<sup>1000</sup> § 91 Abs. 2 BbgKVerf; § 121 Abs. 1 HGO; § 107 Abs. 1 GO NRW; § 128 Abs. 1 KVG LSA.

<sup>1001</sup> Vgl. § 102 Abs. 1 GO BW.

<sup>1002</sup> § 75 Abs. 4 Nr. 1 ThürKO.

durch gesellschaftsvertragliche Gestaltung abgesichert werden muss<sup>1003</sup>. Der Jahresabschluss liefert ein Bild über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens<sup>1004</sup>, gibt also Aufschluss über den sparsamen Umgang mit Ressourcen. Der Lagebericht zeigt den tatsächlichen Geschäftsverlauf und die Lage der Gesellschaft auf, nimmt Bezug auf die im Jahresabschluss aufgenommenen Beträge und Angaben, § 289 Abs. 1 HGB. Ferner enthält er Einschätzungen über die künftige Entwicklung der Gesellschaft. Der Jahresabschluss ist somit ein Zahlen-, der Lagebericht ein Textwerk. Sie werden von den Abschlussprüfern nach Maßgabe der §§ 316 ff. HGB geprüft.

Auch der Wirtschaftsplan<sup>1005</sup> ist ein Instrument der (internen) Wirtschaftlichkeitsprüfung durch die Gemeinde selbst. Am Ende eines Wirtschaftsjahrs hat diese zu überprüfen, ob der Plan eingehalten wurde<sup>1006</sup>. Der Wirtschaftsplan wird für mehrere Jahre aufgestellt, in ihn werden auch die Leistungsziele, die die Kommune mit dem Unternehmen verfolgt, eingeflochten. Er gibt demnach auch Aufschluss darüber, wie sich das Unternehmen am Markt positioniert und ob und inwieweit der Unternehmenszweck erreicht wird. Eine Beschränkung der Verpflichtung zur Aufstellung des Wirtschaftsplans auf Unternehmen, an denen die Kommune mehrheitlich beteiligt ist, ist aufzuheben und auf alle Eigen- und Beteiligungsgesellschaften der Kommune auszuweiten<sup>1007</sup>. Die Umsetzung der Aufstellung des Wirtschaftsplans obliegt den Unternehmensorganen, ihnen muss daher via Gesellschaftsstatut eine entsprechende Pflicht auferlegt werden<sup>1008</sup>.

Ein Bestandteil des Controllings bildet auch die Abschlussprüfung entsprechend § 53 HGrG und das Selbstunterrichtungsrecht der Rechnungsprüfungsbehörde nach §§ 54, 44 HGrG und die Betätigungsprüfung nach § 44 HGrG, es sollte daher ebenfalls statutarisch abgesichert und den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft überantwortet werden<sup>1009</sup>. Die Abschlussprüfungen nach § 53 HGrG gehen über das handelsrechtlich Vorgesehene hinaus<sup>1010</sup> und erfassen auch die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung sowieso besondere Wirtschaftlichkeitsaspekte (Vermögens-, Ertragslage, Erörterungspflichten zu möglichen entstandenen Verlusten), § 53 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HGrG. Die entsprechenden Berichte ergänzen die haushaltsrechtlichen Ausweisungen über die wirtschaftliche Betätigung dahingehend, dass sie Entwicklungen

---

<sup>1003</sup> § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 GO NRW.

<sup>1004</sup> § 264 Abs. 2 S. 1 HGB.

<sup>1005</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 106: bestehend aus Erfolgs-, Vermögens- und Stellenplan.

<sup>1006</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 132.

<sup>1007</sup> § 108 Abs. 3 Nr. 1 GO NRW.

<sup>1008</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 269 (276).

<sup>1009</sup> Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (280).

<sup>1010</sup> Z.B. gehört zu dem Prüfungsumfang nach den §§ 316 ff. HGB nicht die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung: Neumann, LKV 2000, 493 (495).

und Defizite der gemeindlichen Beteiligungen aufzeigen<sup>1011</sup>. Die Durchführung der Prüfung kann die Gemeinde „verlangen“, wenn sie dies im Gesellschaftsvertrag verankert hat oder wenn ein entsprechender Gesellschafterbeschluss (als Weisung gegenüber dem Geschäftsführer) gefasst wird<sup>1012</sup>. § 53 Abs. 1 HGrG ist allerdings als Kann-Vorschrift formuliert. Die darin enthaltenen Prüfungen sind aus der Vorschrift heraus nicht zwingend vorzunehmen, weshalb die Kommunalordnungen eine Durchführungspflicht vorschreiben sollten, um das Kontroll- und Prüfungsinstrumentarium zu komplettieren.

Diese erweiterten Prüfpflichten dürften in Minderheitsgesellschaften schwer in das Gesellschaftsstatut transferiert werden können. Im Vergleich zu öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, in denen entsprechende Kontrollrechte aufgrund der §§ 48 Abs. 2, 42 HGrG abgesichert sind<sup>1013</sup> und qua § 49 HGrG unmittelbar auch für die Länder und damit auch für die Kommunen gelten, weisen die privaten Kapitalgesellschaften, in denen aufgrund der fehlenden Zustimmung eines privaten Mehrheitseigners die Implementierung dieser Prüfungsbefugnisse scheitert, ein Kontrolldefizit auf<sup>1014</sup>.

Die Betätigungsprüfung nach § 44 HGrG weist nicht nur finanzkontrollrechtliche Aspekte, sondern auch solche einer Aufgabenerfüllungskontrolle auf, wird doch auch das Erreichen des öffentlichen Zwecks einbezogen, sie bezieht sich auf das Verhalten der Kommune in dem Unternehmen als Gesellschafterin<sup>1015</sup>.

### **c. Genehmigungsvorbehalte zugunsten der Kommunalaufsicht**

Typischerweise sehen die Kommunalordnungen einen Genehmigungsvorbehalt für die Gründung, Änderung der Zweckbestimmung von oder die Beteiligung an Unternehmen des privaten Rechts vor<sup>1016</sup>. Die ohne mit der erforderlichen Genehmigung vorgenommenen Rechtsgeschäfte des privaten Rechts – wie etwa die Stimmabgabe in einer Gesellschaft im Sinne der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten – zeitigen die Rechtsfolge der schwebenden Unwirksamkeit<sup>1017</sup>. Diese Wirkung ist landesrechtlich fundiert, könnte aber, wenn dies den Vor-

---

<sup>1011</sup> Neumann, LKV 2000, 493 (494).

<sup>1012</sup> Neumann, LKV 2000, 493 (495).

<sup>1013</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 128.

<sup>1014</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 233.

<sup>1015</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 235 f.

<sup>1016</sup> Z.B. § 73 Abs. 1 S. 4 ThürKO.

<sup>1017</sup> Z.B. § 117 Abs. 1 GO BW; § 123 Abs. 2 ThürKO; von Mutius/Groth, NJW 2003, 1278 (1279). Die schwebende Unwirksamkeit privatrechtlicher Rechtsgeschäfte ist nach Auffassung des BGH zwar in sämtlichen Kommunal-



gaben des BGB widerspricht, wegen Art. 31 GG vom Bundesrecht verdrängt werden. Teleologische Argumente derart, Genehmigungserfordernisse können ihre Funktion präventiver Kontrolle nur erfüllen, wenn die Wirksamkeit zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte wegen ihrer unabsehbaren finanziellen, haftungsrechtlichen und sonstigen Risiken von der Erteilung der Genehmigung abhängen, da es sich sonst der Sache nach nur um eine bloße Anzeigepflicht handele<sup>1018</sup>, sagen allenfalls etwas über die Notwendigkeit von Genehmigungserfordernissen, nicht jedoch etwas über die Lösung eines möglichen Normenkonflikts zwischen öffentlichem und privatem Recht oder über die Vereinbarkeit mit dem Zivilrecht aus.

Ausgangspunkt bildet zunächst die Tatsache, dass die Gemeinde als juristische Person – auch in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin – rechtsfähig ist, sie kann also Verträge schließen und Willenserklärungen durch ihre Organe abgeben lassen. Die Stimmabgabe in den Organen einer Gesellschaft ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, unterliegt deren allgemeinen Regeln<sup>1019</sup>. Die Stimmabgabe im Sinne des § 48 Abs. 1 GmbHG ist formfrei gestellt<sup>1020</sup>.

Die kommunalrechtlichen Genehmigungserfordernisse könnten den Grundsatz der Formfreiheit für die Abgabe von Willenserklärungen (welche sich als Bestandteil eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts – namentlich des gesellschaftsrechtlichen Beschlusses – darstellen) konterkarieren. Die herrschende Auffassung sieht eine Regelung wie § 123 Abs. 2 ThürKO jedoch nicht als zivilrechtswidriges<sup>1021</sup> Formgebot an, sondern als Kriterium der wirksamen Außenvertretung der Gemeinde<sup>1022</sup>. Solche Normen sollen nur die Vertretungsmacht gemeindlicher Vertreter festlegen<sup>1023</sup>. Ohne Genehmigung der Kommunalaufsicht handelt der Vertreter bei Abgabe der Willenserklärung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff. BGB). Ein Verstoß gegen das dem Stellvertretungsrecht zu entnehmenden Abstraktionsprinzip liege nicht vor, da diese Maxime im Bereich der organschaftlichen Vertretung lediglich besage, dass der Umfang der

---

ordnungen angeordnet, doch haben diese nur deklaratorische Bedeutung, ist die angeordnete Rechtsfolge doch bereits Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens: BGH NJW 1999, 3335 (3337).

<sup>1018</sup> BGH NJW 1999, 3335 (3336); OLG Celle NVwZ-RR 2000, 754 (755). In Bayern z.B. besteht nur eine Anzeigepflicht, Art. 96 BayGO.

<sup>1019</sup> Roth, in: Roth/Altmeppen: GmbHG, § 47 Rn. 25.

<sup>1020</sup> Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 47 Rn. 28, der aber ergänzend darauf hinweist, dass der Gesellschaftsvertrag, die Geschäftsordnung oder ein Gesellschafterbeschluss weitergehende Formerfordernisse festlegen können. Dem Landesgesetzgeber kommt insofern keine Gesetzgebungskompetenz zu, um bei privatrechtlichem Handeln vom BGB abweichende Formerfordernisse aufzustellen: Gundlach, LKV 2001, 385 (387).

<sup>1022</sup> Gundlach, LKV 2001, 203 (204).

<sup>1023</sup> Vgl. Gundlach, LKV 2001, 385 (387).

Vertretungsmacht nicht davon abhängen, ob und inwieweit das Vertretungsorgan intern an die Willensbildung eines anderen Organs gebunden sei<sup>1024</sup>.

Verkehrs- und Rechtssicherheitsgesichtspunkte stünden dem ebenfalls nicht entgegen, ergebe sich die Unwirksamkeit doch aus dem Gesetz<sup>1025</sup>. Auch zivilrechtlich ist der Schutz des Vertrauens in die Beständigkeit oder Wirksamkeit einer Willenserklärung geschwächt, bereits die §§ 182 ff. BGB unterstreichen die Möglichkeit, die Gültigkeit einer Willensklärung oder eines Vertrages davon abhängig zu machen, dass ein Dritter seine Zustimmung erteilt.

Die **Effektivität** der Genehmigungsvorbehalte in ihrer derzeitigen Ausgestaltung ist jedoch in **Zweifel** zu ziehen. Konstatieren lässt sich nämlich ihr unzureichender Kontrollmaßstab bzw. eine nicht ausreichend festgelegte Kontrolldichte<sup>1026</sup>. So ist zwar die Änderung des Zwecks eines bereits bestehenden Unternehmens in Privatrechtsform genehmigungsbedürftig<sup>1027</sup>. Die Kommunalaufsicht wird also die Genehmigung versagen, wenn fortan ein reiner Erwerbszweck verfolgt werden soll, mithin Abstand von der Erfüllung eines öffentlichen Zwecks genommen wird. Doch nützt die Nichterteilung der Genehmigung wenig, wenn die Kommune Minderheitsgesellschafterin ohne Ausbedingung zusätzlicher Rechte zur Stärkung kommunalpolitischer und –rechtlicher Interessen<sup>1028</sup> ist und sich somit vom privaten Mitgesellschafter einfach überstimmen lassen kann, der Zweck auch ohne ihr positives Abstimmen geändert werden kann. Das Genehmigungserfordernis ist ein **stumpfes Schwert**, bietet einer ausufernden kommunalwirtschaftlichen Betätigung kaum Einhalt, zumal sich rechtstatsächlich ausmachen lässt, dass etwa auch Unternehmensgründungen durch die Kommunalaufsicht nicht untersagt werden<sup>1029</sup>.

Hinzukommt, dass in § 123 Abs. 3 ThürKO für die kommunalwirtschaftliche Betätigung angeordnet ist, dass eine erforderliche Genehmigung als erteilt gilt, wenn sie nicht innerhalb von sechs Wochen versagt wurde. Ein bloßes Untätigbleiben der Kommunalaufsicht – sei es nun, weil diese das Vorhaben billigt, sei es, weil sie aus Zeit- und Personalnot keine Kapazitäten hatte, um sich von der Zulässigkeit des Projektes zu überzeugen – genügt, um das gemeindli-

---

<sup>1024</sup> BGH NJW 1999 3335 (3337).

<sup>1025</sup> BGH NJW 1999, 3335 (3337); vgl. *Gundlach*, LKV 2001, 385 (389).

<sup>1026</sup> *Brüning*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*: Besonderes Verwaltungsrecht Bd. 3, § 64 Rn. 85.

<sup>1027</sup> In einigen Bundesländern ist dies allerdings nur anzeigepflichtig, vgl. Art. 96 BayGO; § 100 Abs. 1 BbgKVerf; § 152 NKomVG.

<sup>1028</sup> Wie die Notwendigkeit höherer Abstimmungsquoren, Höchststimmrechte, Zustimmungsvorbehalte und dergleichen.

<sup>1029</sup> Vgl. die Antwort der brandenburgischen Landesregierung auf die kleine Anfrage 3735 zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung (Frage 3), LT-Drs. 5/9522, S. 2.

che Handeln wirksam werden zu lassen. Unsicher erscheint daher, ob die verfassungs- und einfachrechtlichen Bedingungen für eine zulässige wirtschaftliche Betätigung (in Privatrechtsform) tatsächlich und eingehend überprüft werden<sup>1030</sup>. Die **Genehmigungsfiktion** betreffend Unternehmen in Kapitalgesellschaftsform sollte **abgeschafft** werden. Stattdessen sollte die Erteilung der Genehmigung zusätzlich von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass das notwendige Ingerenzniveau über statutarisch festgelegte Steuerungs- und Einflussnahme-rechte der kommunalen Gesellschafterin erreicht wird.

Bei aller Kritik an der Wirksamkeit und der limitierten Wirkung der Genehmigungsvorbehalte bleibt zumindest zu bedenken, dass sie ein weiteres Instrument bilden, die verfassungsrechtlich vorgezeichneten Strukturdirektiven zu erfüllen. Diese Kontrollinstrumente sind zwar keine Garantien, umspannen das Unternehmen aber als zusätzliches Sicherungsnetz. Sie wirken nach dem **Vier-Augen-Prinzip** extern, die oben dargestellten Gesellschafterrechte hingegen intern.

Genehmigungsvorbehalte<sup>1031</sup> sollten stipuliert werden in Bezug auf die Stimmgabe in der Gesellschafterversammlung betreffend solche Beschlüsse, die den Unternehmenszweck oder die Satzung ändern. Vorgänge, die für die wirtschaftliche Lage der Kommune, der Versorgung der Bevölkerung mit notwendigen Leistungen und Gütern sowie der Ausrichtung des Unternehmens auf den öffentlichen Zweck und der demokratischen Legitimation der Kommune, welche über ihre Unternehmen Staatsgewalt ausübt, von Bedeutung sind.

Zu diesen Vorgängen zählen die Gründung, Übernahme und wesentliche Erweiterung des Unternehmens. Auch die Änderung der Rechtsform des Unternehmens ist einzubeziehen, da sich das anzuwendende Recht und die Entscheidungsstrukturen ändern. Die Erweiterung oder Verkürzung des Aufgabenkreises kann die Erreichung des öffentlichen Zwecks in Frage stellen und ist daher ebenfalls genehmigungspflichtig zu stellen. Die mittelbare oder unmittelbare Beteiligung der Gemeinde an Unternehmen kann wegen der Anwendung konzernrechtlicher Bestimmungen Steuerungsmechanismen verändern und Haftungsrisiken bergen, weshalb auch hier ein Genehmigungsvorbehalt erforderlich ist. Die vollständige oder teilweise Veräußerung von Unternehmen wirkt sich auf die Aufgabenerfüllung aus. Die Gemeinde entledigt sich damit zumindest teilweise ihrer Verantwortung, muss bei teilweiser Veräußerung des Unter-

---

<sup>1030</sup> Vgl. Wettbewerbsbarometer: Gemeindewirtschaftsrecht des BDI, S. 32.

<sup>1031</sup> Genehmigungspflichten wirken prophylaktisch, verhüten also die Umsetzung risikoträchtiger und verfassungsrechtliche Vorgaben missachtende Rechtshandlungen. Bloße Anzeigepflichten (wie etwa in Art. 96 BayGO) reichen in verfassungsrechtlich sensiblen Bereichen nicht aus, da sie nicht dasselbe Schutzniveau bieten, allenfalls retrospektiv wirken können.

nehmens dessen innere Struktur mitunter umstellen. Da sich der gemeindliche Einfluss auf das Unternehmen hierdurch notwendig verringert, ist auch die Entscheidung über die Beteiligung von Privatpersonen an bisher als Eigengesellschaften geführten Unternehmen einer Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Gleiches gilt für die Auflösung eines Unternehmens.

Die vorstehend aufgelisteten Genehmigungsvorbehalte sind vereinzelt bereits in den unterschiedlichen Gemeindeordnungen verankert. Dort, wo bloße Anzeigepflichten bestehen, sollte der Gesetzgeber Genehmigungspflichten anordnen. Über den vorgenannten Katalog an Sachverhalten hinaus sollte ferner eine Generalklausel aufgenommen werden, nach der im Einzelfall die Genehmigung zu versagen ist, wenn aufgrund unzureichender Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Unternehmenssatzung zu befürchten ist, dass das notwendige Ingerenzniveau nicht erreicht wird. Mit anderen Worten ist die Erteilung der Genehmigung davon abhängig zu machen, dass sich die Kommune ausreichende Einflussnahmemöglichkeiten sichert.

#### **IV. Erreichung des notwendigen Ingerenzniveaus**

Obengenannte Ingerenzrechte und Vorkehrungen sind von der Gemeinde aufgrund gesetzlicher Anordnung möglichst vollständig im Gesellschaftsvertrag zu verankern<sup>1032</sup>, wenn intendiert wird, eine umfassende Verwirklichung und Absicherung verfassungs- wie einfachgesetzlicher öffentlich-rechtlicher Vorgaben zu erreichen. Je weniger vollständig dieser Kautelen von der Kommune umgesetzt werden müssen und je mehr Spielraum ihr dabei zugestanden wird, desto geringer wird ihr Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft und desto schlechter wird den Erfordernissen des Demokratieprinzips, Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG, genügt. Von der Zugestehung eines allzu großen Ausgestaltungsspielraums ist abzuraten, denn die Gemeinden bzw. ihre Vertreter verfügen in der Regel nicht über ausreichendes gesellschaftsrechtliches Wissen. Ihnen bleibt also verborgen, welche Möglichkeiten existieren, um sich einen Einfluss auf das Unternehmen zu sichern. Außerdem werden sie annehmen, dass ein Privater von einer Kooperation Abstand nimmt, weil er befürchtet, das Unternehmen werde durch seines Erachtens nach zu weitgehende Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinde fehlgeleitet oder in die Unrentabilität gestürzt. Um eine PPP für den Privaten weiterhin attraktiv erscheinen zu lassen, bleiben dann kommunale Ingerenzpotentiale ungenutzt. Den Kommunen

---

<sup>1032</sup> Dagegen meldet *Hellermann*, *Örtliche Daseinsvorsorge*, S. 243 vor dem Hintergrund der Selbstverwaltungsgarantie Bedenken an. Weitgehend offen gelassen wurden jedoch die Grenzen, welche sich konkret für den Gesetzgeber ergeben.

kann daher nicht arbiträr überlassen bleiben, welche gesellschaftsrechtskonformen Vorkehrungen vorzusehen sind. Das verfassungsrechtlich geforderte Ingerenzniveau muss bei jedem Unternehmen gewährleistet sein.

Im Verlaufe dieser Arbeit ist die Theorie von der Erreichung des notwendigen Ingerenzniveaus bereits mehrfach ventiliert worden<sup>1033</sup>. Anknüpfend an die Forderung nach demokratischer Legitimation aller Stellen, welche Staatsgewalt im Sinne des Grundgesetzes ausüben – Organe wie einzelne Amtswalter -, und daran, dass es keine feststehenden Vorgaben gibt, wann die Anforderungen des Art. 20 Abs. 2 GG als erfüllt anzusehen sind, sondern sich die Effektivität demokratischer Legitimation nach der Erreichung eines bestimmten Legitimationsniveaus abhängig von den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt bestimmt<sup>1034</sup>, ist auch zu fragen, ob dem demokratischen Anspruch nach Einwirkung und Kontrolle genügt wird, wenn nicht sämtliche Ingerenzmöglichkeiten erschöpfend ausgenutzt werden, wenn also **kein Optimum** angestrebt wird. Soll es also ausreichen, wenn sich die Gemeinde in der Gesamtschau mit Blick auf das jeweilige kommunale Unternehmen einzelne Steuerungsrechte ausbedingt, die ihr einen Einfluss auf die Unternehmensführung ermöglichen, so dass diese in Abhängigkeit vom Maß der Ausübung von Staatsgewalt als in kommunaler Verantwortung liegend eingestuft werden kann? Ist das Zusammenwirken von singulären Steuerungsbefugnissen ausreichend, um der demokratischen Einflussmaxime zu entsprechen<sup>1035</sup>?

Freilich mag argumentiert werden, gerade bei der Wahrnehmung freiwilliger Aufgaben sei der Gemeinde unter Berücksichtigung ihrer Selbstverwaltungsgarantie eine Einschätzungsprärogative zuzugestehen, wann sie diese Schwelle als erreicht sieht<sup>1036</sup>. Zum einen aber ist diese Garantie nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet. Zum anderen offenbart sich in der Praxis eine allzu großzügige, wenig detaillierte Gestaltung der Gesellschaftsverträge, die kommunalrechtliche Vorgaben nicht hinreichend respektiert.

Ein Ausgleich zwischen der organisatorischen Gestaltungsfreiheit der Gemeinden und der verfassungsrechtlichen und in den Gemeindeordnungen in der Schrankentrias wiederzufindenden Voraussetzungen kommunalwirtschaftlicher Betätigung lässt sich erreichen, indem zwischen **obligatorisch und fakultativ** statutarisch aufzunehmenden Klauseln differenziert

---

<sup>1033</sup> Kapitel 3 D. III. 3. und 5., F. IV. 2., H. IV.

<sup>1034</sup> BVerfGE 83, 60 (72); 93; 37 (67); Grzeszick, in: Maunz/Dürig: GG, Art. 20, II., D., Rn. 126.

<sup>1035</sup> Vgl. BVerfGE 107, 59 (87).

<sup>1036</sup> Vgl. Schulz, BayVBl. 1996, 97 (100). Insbesondere darf ein sich aus der Selbstverwaltungsgarantie ergebender Spielraum etwa nicht dahingehend gebraucht werden darf, den Gesellschaftszweck allein aus Gewinnerzielungsabsichten zu erweitern oder zu verändern.

wird<sup>1037</sup>, wie dies im Folgenden aufgezeigt wird. Die Darstellung orientiert sich an der Überlegung, welche gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten unabdingbar für die Absicherung kommunalnormativer Vorgaben sind und daher vom Gesetzgeber bei der Reform des Kommunalwirtschaftsrechts zur Zulässigkeitsvoraussetzung erhoben werden müssen, damit sich die Gemeinde in einer Organisationsform des Privatrechts betätigen darf. Diejenigen Rechte, welche das Ingerenzgebot bloß verstärken, es für sich allein aber nicht absichern, sollten als (bloße) Gestaltungsoptionen zur Verfügung gestellt werden. Die Kommune kann dann nach ihrem Ermessen entscheiden, ob sie diese für notwendig erachtet, um ihren Steuerungseinfluss zu vertiefen.

Im Übrigen ist, was die Erreichung des notwendigen Ingerenzniveaus betrifft, nicht nach dem Grad der Beteiligung zu differenzieren, wie es gelegentlich in der Literatur<sup>1038</sup> formuliert wird. Teile des Schrifttums stützen sich dabei auf in den Gemeindeordnungen enthaltene Klausel der Sicherung eines angemessenen Einflusses im Aufsichtsrat des Unternehmens oder einem vergleichbaren Gremium. Entscheidend ist aber allein, ob die Kontrolle und Steuerung des Unternehmens gesichert ist oder nicht. Diese demokratische Forderung knüpft an die Ausübung von Staatsgewalt an. Wie bereits dargestellt üben die Kommunen auch über Beteiligungsgesellschaften Staatsgewalt aus<sup>1039</sup> und sind daher in der Pflicht, sich Einwirkungsrechte zu sichern. Anders formuliert verkörpert die Ausübung von Staatsgewalt – gleich ob direkt über öffentlich-rechtliche Organisationsformen, gleich ob gemischtwirtschaftliche Unternehmen oder Eigengesellschaften instrumentiert werden – eine Pflicht zur Kontrolle und Steuerung. Somit darf es keine Schlupflöcher geben, die es erlauben würden, verfassungsrechtliche Strukturvorgaben zu umgehen, genauer: Es dem Unternehmen zu erlauben, sich vom öffentlichen Zweck zu entfernen oder sozialstaatlich notwendige Leistungen zu untragbaren Konditionen zu offerieren. Die Kommune muss gewährleisten, dass die Unternehmen, an denen sie beteiligt ist und/oder die öffentliche Aufgaben (ggf. an ihrer Stelle) wahrnehmen, ihrer Gestaltungsmacht unterliegen.

Werden die im Folgenden aufgelisteten (zwingenden) Ingerenzmöglichkeiten statutarisch verankert, ist davon auszugehen, dass das notwendige Ingerenzniveau erreicht wird. Die als fakultativ etikettierten Einwirkungsmechanismen sichern den kommunalen Einfluss zusätzlich ab.

---

<sup>1037</sup> Dazu unter C. V., VI.

<sup>1038</sup> *Wehrstedt*, MittRhNotK 2000, 269 (275); *Altmeppen*, NJW 2003, 2561 (2563).

<sup>1039</sup> Kapitel 3 D. III. 2.

## **1. Aufnahme des öffentlichen Zwecks**

Konsens besteht über die Notwendigkeit der Fixierung des öffentlichen Zwecks im Unternehmensstatut<sup>1040</sup> möglichst genau und bestimmt und, sofern mehrere Zwecke – wie etwa Nebenzwecke zur Auslastung freier Kapazitäten – verfolgt werden, seine Betonung als Hauptzweck<sup>1041</sup>. In der AG, in welcher das Gebot der Satzungsstrenge gilt, ist dies sogar ungleich wichtiger als in der GmbH. Gesellschaftsrechtlich sind alle Unternehmensorgane auf das Wohl der Gesellschaft verpflichtet, welches nur dann mit dem Interesse der Kommune an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben identisch ist, wenn der öffentliche Zweck mindestens gesellschaftsvertraglich ausdrücklich fixiert ist. Außerdem werden aus dem Unternehmensinteresse allgemeine wie besondere Treuepflichten abgeleitet. Vorstands- wie Aufsichtsratsmitglieder haben sich dem Gesellschaftswohl unterzuordnen<sup>1042</sup>, andernfalls machen sie sich nach § 93 Abs. 2 S. 1 (i.V.m. § 116 S. 1 AktG) schadensersatzpflichtig.

Ferner sind einige Steuerungs- und Kontrollrechte notwendig mit dem Unternehmenszweck verbunden bzw. sind Anforderungen an seine Bewahrung vor nachträglicher Änderung hieran denknotwendig geknüpft<sup>1043</sup>. Die Festlegung des öffentlichen Zwecks bereitet etwa die Grundlage für eine sich anschließende Betätigungskontrolle des Unternehmens<sup>1044</sup>.

## **2. Sperrminoritäten**

Um vor einem Überstimmtwerden im Rahmen von Gesellschafter-/Hauptversammlungsbeschlüssen durch eine private Mehrheit gefeit zu sein, sollten die Kommunalverfassungen die Verpflichtung der Kommune vorschreiben, sich Sperrminoritäten resp. höhere Mehrheiten auszubedingen als gesellschaftsrechtlich vorgeschrieben<sup>1045</sup>.

Die Kommune sollte verpflichtet werden, eine gesellschaftsvertragliche Gestaltung zu wählen, bei der das erforderliche Quorum von der Größe ihrer Beteiligung abhängig gemacht wird.

Für eine AG gilt Folgendes: „Gewöhnliche“ Hauptversammlungsbeschlüsse werden nach § 133 Abs. 1 AktG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst<sup>1046</sup>. Ausdrücklich wer-

---

<sup>1040</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 391 f.; Berg, WiVerw 2000, 141 (149).

<sup>1041</sup> Garbe-Emden, LKV 2013, 97 (99).

<sup>1042</sup> Spindler, in: MüKo AktG: § 93 Rn. 108.

<sup>1043</sup> Schulz, BayVBl. 1996, 97 (100).

<sup>1044</sup> C. III. 2. b., IV. 10.

<sup>1045</sup> Siehe die sich aus den § 175 Abs. 2 S. 1 AktG und § 53 Abs. 2 GmbHG ergebenden Sperrminoritäten für Satzungsänderungen.

den allerdings größere Mehrheiten (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG) auch durch Satzungsbestimmung zugelassen. Die einfache Stimmenmehrheit bildet damit die gesetzliche Untergrenze für Hauptversammlungsbeschlüsse, sie kann bis zur Einstimmigkeit verschärft werden, wodurch Minderheitsgesellschafter ihren Einfluss sichern können<sup>1047</sup>. § 133 Abs. 1 AktG erlaubt es auch, „weitere Erfordernisse“ als höhere Mehrheiten vorzusehen. Unzulässig, da Beschlüsse der Hauptversammlung interne Vorgänge betreffen, ist indessen, Zustimmungsvorbehalte zugunsten von außenstehenden Dritter vorzusehen<sup>1048</sup>. Daher kann auch hier nicht die Mitwirkung der Kommunalaufsicht oder des Gemeinderats als erschwerendes Erfordernis in der Satzung normiert werden. Ebenso wenig – aus kommunalpolitischer Sicht ohnehin wegen der Weisungsfreiheit dieser Organe wenig erwünscht – ist die Bindung an die Zustimmung von Vorstand oder Aufsichtsrat möglich, da hierdurch die gesetzliche Kompetenzverteilung in der AG unterlaufen würde<sup>1049</sup>. Ebenfalls unzulässig sind Vetorechte einzelner Aktionäre, wirkten diese sich doch letztlich – entgegen dem in § 12 Abs. 2 AktG statuierten Ausschluss – wie Mehrstimmrechte aus<sup>1050</sup>. Im Ergebnis bleiben als weitere Erfordernisse nur solche übrig, die den Beschlussfassungsvorgang betreffen, vor allem über die Beschlussfähigkeit<sup>1051</sup>. So kann die Satzung eine Mindestpräsenz vorschreiben<sup>1052</sup>, andernfalls würde es bei der Grundregel bleiben, dass die Anwesenheit eines Aktionärs mit nur einer Aktie ausreichte<sup>1053</sup>. Die Praxisrelevanz dieser Kautele dürfte indes gering sein, ist doch die Kommune in der Regel in der Lage, in die sorgfältig und mittel- bis langfristig vorbereiteten Hauptversammlungen kommunale Vertreter zu entsenden, sodass sie nicht fürchten muss, dass ohne ihre Anwesenheit Beschlüsse gefasst werden. Ähnlich wirkend wie Sperrminoritäten sind Höchststimmrechte, die einen Schutz vor einem Überstimmtwerden durch den privaten Anteilseigner gewähren. Es kann dann auch beim Erfordernis einer einfachen Stimmehrheit bleiben, wenn ein etwaiger privater Mehrheitsaktionär aufgrund der Festsetzung von Höchststimmrechten die einfache Mehrheit nur zusammen mit dem kommunalen Aktionär erreichen kann.

In der GmbH kann der kommunale Einfluss bei der Beschlussfassung durch Mehrstimmrechte zusätzlich verstärkt werden. Ist das Abstimmungsquorum bereits an die Höhe der kommunalen

---

<sup>1046</sup> Gleiches gilt für die Gesellschafterbeschlüsse in einer GmbH, § 47 Abs. 1 GmbHG,

<sup>1047</sup> *Schröer*, in: *MüKo AktG*: § 133 Rn. 49, 51.

<sup>1048</sup> *Schröer*, in: *MüKo AktG*: § 133 Rn. 56.

<sup>1049</sup> *Schröer*, in: *MüKo AktG*: § 133 Rn. 56: Dieses Ergebnis lässt sich auch auf § 136 Abs. 2 AktG stützen.

<sup>1050</sup> *Schröer*, in: *MüKo AktG*: § 133 Rn. 56.

<sup>1051</sup> *Schröer*, in: *MüKo AktG*: § 133 Rn. 55.

<sup>1052</sup> *Rieckers*, in: *Spindler/Stilz*: *AktG*, § 133 Rn. 11.

<sup>1053</sup> *Hirschmann*, in: *Hölter*: *AktG*, § 133 Rn. 12.



len Beteiligung angepasst, sodass ihr mindestens eine Sperrminorität zusteht, sind Mehrstimmrechte nicht zwingend erforderlich.

Die Beschlussfähigkeit ist grundsätzlich gegeben, wenn wenigstens ein stimmberechtigter Gesellschafter anwesend ist, im Allgemeinen werden hier aber höhere Präsenzquoten vorgeesehen<sup>1054</sup>.

Änderungen der Satzung betreffen die Grundlagen der Gesellschaft. Die satzungsändernden Mehrheiten sind zwar gesetzlich bereits höher festgesetzt, die einfache Mehrheit genügt nicht<sup>1055</sup>. Bei einer Minderheitsbeteiligung der Gemeinde, die unter 25 % liegt, besteht allerdings die Gefahr des Überstimmtwerdens, weshalb hier das erforderliche Beschlussfassungsquorum entsprechend angehoben werden muss. Die Gemeinde muss also mittels negativer Stimmabgabe den Beschluss verhindern können.

### **3. Erfordernisse für Änderungen des Unternehmenszwecks**

Für Änderungen des in der Satzung enthaltenen Grundzwecks der Gesellschaft ist nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) nicht nur eine dreiviertel Mehrheit der abgegebenen Stimmen bzw. des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals nötig, sondern die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Dieses zusätzliche Erfordernis muss nicht ausdrücklich in die Gemeindeordnungen aufgenommen werden, da es sich bereits aus dem Gesellschaftsrecht ergibt. Es ist zudem nur insoweit eine effektive Kautele, die Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck zu perpetuieren, als der öffentliche Zweck im Unternehmensstatut aufgenommen wurde.

### **4. Weisungsrechte**

Sofern dies gesellschaftsrechtlich zulässig ist, haben die Gemeindeordnungen zwingend Weisungsrechte als gesellschaftsvertraglich festzuschreibende Ingerenzrechte zu stipulieren, ist dies doch die sicherste, einfachste und direkteste Möglichkeit dem demokratischen Ingerenzgebot zu entsprechen und das Unternehmen, für welches die Gemeinde Verantwortung trägt, im Sinne der Kommunalpolitik zu steuern. Hierdurch werden nicht nur demokratische Steuerungsrechte abgesichert, sondern auch die demokratische Legitimation des Gemeinderats in die Unternehmensorgane weitergeleitet und damit verstärkt.

<sup>1054</sup>

*Seibt*, in: *Römermann*: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, § 2 Rn. 140.

<sup>1055</sup>

Siehe § 179 Abs. 2 AktG; § 53 Abs. 2 GmbHG.

Jedenfalls für die Vertreter der Gemeinde, welche in die Hauptversammlung oder die Gesellschafterversammlung entsandt werden, muss dieses Weisungsrecht in den Gemeindeordnungen fixiert werden.

In der Aktiengesellschaft sind die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder unabhängig und weisungsfrei, befinden sich aber in entscheidenden Positionen, die die Unternehmenspolitik bestimmen. Der Hauptversammlung obliegen jedoch zumindest Grundlagenentscheidungen, außerdem können sie auf die Organbesetzung des Aufsichts- und damit auch mittelbar auf die des Leitungsorgans Einfluss nehmen. Da die Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder in der Regel auf eine Wiederwahl hoffen, werden sie sich erfahrungsgemäß auch am Gesellschafterwillen orientieren. Diesen Willen kann die Gemeinde über die Weisungsbindung ihrer Vertreter authentisch zur Geltung bringen.

Das für die Hauptversammlungsvertreter Gesagte gilt freilich auch für die kommunalen Repräsentanten in der Gesellschafterversammlung der GmbH, wiewohl hier zusätzlich auch auf das Handeln der Geschäftsführer durch Weisung unmittelbar Einfluss genommen werden kann. Die Weisungsbefugnis ergibt sich mittelbar schon aus den §§ 6 Abs. 3, 37 Abs. 1, 38 Abs. 1, 46 Nr. 5 und 6 GmbHG, sollte aber - um Zweifelsfragen zu entgehen – zusätzlich statutarisch klarstellend fixiert werden.

Sofern in der nicht mitbestimmten GmbH ein Aufsichts- oder Beirat eingerichtet wird, der Funktionen der Geschäftsführung übernimmt und daher auch auf die operative und strategische Leitung des Unternehmens Einfluss nehmen kann – letztlich mehr oder weniger „geschäftsführereretzend“ tätig wird -, ist hier die Verpflichtung zur Festschreibung von Weisungsrechten nicht hinwegzudenken. Diese Vorgabe wäre indes anders als gegenüber dem Geschäftsführer nicht bloß klarstellender Natur, da für den fakultativen Aufsichtsrat eine Abweichung von den sonst entsprechend anwendbaren aktienrechtlichen Regeln aus der Satzung hervorgehen muss<sup>1056</sup>.

## **5. Besetzung von Unternehmensorganen**

Eine Steuerung kommunaler Unternehmen ist mitunter über die Besetzung der Unternehmensorgane – freilich in Abhängigkeit von ihrer Loyalität zur gemeindlichen Politik – möglich. Festzuhalten ist zunächst, dass die Rechte zur Besetzung der Unternehmensorgane, die gesellschaftsrechtlich verträglich sind, zwingend vorzuschreiben sind, geht es doch darum,

---

1056

§ 52 Abs. 1 GmbHG.

dem Demokratieprinzip in der Hinsicht zu genügen, dass die Gemeinde ihrer Steuerungs- und Kontrollverantwortung gerecht wird, indem sie kommunalpolitiknahe Vertreter in den Unternehmen installiert und dadurch dem Gebot demokratischer Legitimation aus personeller Perspektive Rechnung trägt.

Fraglich ist, ob sich die Effektivität kommunaler Steuerung proportional zur Anzahl der entsandten Vertreter in den Unternehmensorganen verhält und daher die Mitgliederanzahl ebenfalls in den Gemeindeordnungen festgelegt werden sollte. Anders formuliert: Ist die demokratisch geforderte Einflussnahme wirkungsvoller, wenn etwa nur der Hauptverwaltungsbeamte die Gemeinde in den Organen vertritt<sup>1057</sup> oder dann, wenn entsprechend den Kräfteverhältnissen im Gemeinderat mehrere Personen zur Repräsentation berufen werden?

Vorwegnehmen lässt sich zunächst: Freilich wird der Volkswille authentischer abgebildet, wenn sich eine verkleinerte Form des Gemeinderats auch in den Gesellschaftsorganen wiederfindet. In der Gesellschafter- bzw. Hauptversammlung stößt man indes dann auf das Problem der **gespaltenen Stimmabgabe**<sup>1058</sup>. Im obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH ebenso wie im Aufsichtsrat einer AG ist es jedoch nicht möglich, den Vertretern der Kommune Weisungen zu erteilen. Auch der Vorstand einer AG agiert unabhängig und eigenverantwortlich, also weisungsfrei. Das bedeutet, dass im fakultativen Aufsichtsrat nach Weisung des Gemeinderats (und hierdurch einheitlich) abgestimmt werden kann. Mehrere kommunale Vertreter sind hier indes nur sinnvoll, wenn diese über unterschiedliches und jeweils spezifisches Fachwissen verfügen, welches sich gebündelt im Aufsichtsgremium wiederfinden soll. Die Mitglieder des obligatorischen Aufsichtsrats und des Vorstandes sind hingegen ungebunden, können unterschiedlicher Ansicht sein und daher auch „gespalten“ abstimmen. Hier lassen sich die kommunalen politischen Kräfteverhältnisse abbilden, die Entsendung mehrerer Vertreter ist zweckmäßig. Einige Gemeindeordnungen sehen so auch vor, dass bei der Besetzung mit mehreren Personen dasjenige Verfahren zur Anwendung gelangen soll, welches auch für kommunale Ausschüsse gilt<sup>1059</sup>. Möchte man eine enge Rückanbindung an das Demokratieprinzip erreichen, empfiehlt es sich, diese Organe mit mehreren kommunalen Vertretern zu besetzen. Davon unabhängig gilt es auch, einen Blick auf die Abstimmungsmehrheiten zu werfen: Wird nach Stimmenmehrheit abgestimmt, sollten ohnehin mehrere kommunale Vertreter Mitglieder des jeweiligen Organs sein, um in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen einem Überstimmwerden zu entgehen.

---

<sup>1057</sup> Verdeutlicht u.a. am Beispiel des § 98 Abs. 1 S. 1 SächsGO, der die (Allein-)Vertretungsbefugnis in der Gesellschafter- oder Hauptversammlung zunächst dem Bürgermeister zuweist.

<sup>1058</sup> C. III. 1. e. aa., IV. 5.

<sup>1059</sup> § 104 Abs. 1 S. 2 GO BW.

Eine Entsendung mehrerer kommunaler Vertreter bietet außerdem den Vorteil, dass diese sich gegenseitig kontrollieren bzw. bei ihren Berichterstattungen im Gemeinderat über die Vorgänge im Unternehmen unverfälschte, weil gegenseitig überprüfbare Aussagen treffen. Ferner ist es nur bei einer pluralistischen Entsendung überhaupt möglich, mit Fachwissen ausgestattete Personen einzusetzen, denen im Aufsichtsrat oder in Ausschüssen jeweils verschiedene Ressorts zugewiesen werden, die aber zugleich grundsätzlich kommunalen Interessen verhaftet sind. Ähnlich sieht denn auch § 97 Abs. 2 S. 2 BbgKVerf vor, dass auch die Entsendung von sachkundigen Dritten möglich ist<sup>1060</sup>. Von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, erscheint insbesondere dann angezeigt, wenn es um komplexere Unternehmen mit größerem Leistungsspektrum geht, in denen betriebswirtschaftliches Know-How und Spezialwissen gefragt sind. In den folgenden Unterabschnitten wird nun ergründet, ob die unterschiedlichen Unternehmensorgane mit Kommunalvertretern nach vorstehend Gesagtem in pluralistischer Weise besetzt werden und wie sie sich zusammensetzen sollten.

#### **a. Vertreteranzahl in der Gesellschafterversammlung/Hauptversammlung**

Da in der Gesellschafterversammlung grundsätzlich nur einheitlich abgestimmt werden kann, d.h. sich eine gespaltene Stimmabgabe verbietet, ist die Repräsentation der Gemeinde durch mehrere Vertreter nicht notwendig angezeigt. In der Regel wird der Hauptverwaltungsbeamte entsandt. Dieser ist bei Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung dann an einen vorherigen Gemeinderatsbeschluss gebunden, wenn es sich bei den behandelten Tagesordnungspunkten um Gegenstände handelt, die nicht der laufenden Verwaltung angehören, über die der Bürgermeister also nicht allein entscheiden kann. Auch ist die Gesellschafterversammlung in der Regel nicht der Ort, in dem Spezial- und Fachwissen gefragt sind. Mehrere kommunale „Fachleute“ müssen sich hier also nicht notwendig versammeln, sinnvoll und ausreichend ist ein breit gestreutes Überblickswissen und die Fähigkeit, betriebswirtschaftlich übergreifende Zusammenhänge zu erkennen.

#### **b. Anzahl der Mitglieder in der Geschäftsführung/ im Vorstand**

Zweckmäßig ist es, den Geschäftsführer bei der Ausarbeitung des Gesellschaftsvertrages der

---

<sup>1060</sup> Siehe auch § 98 Abs. 2 S. 4 SächsGO, wonach nur solche Repräsentanten zu Aufsichtsratsmitgliedern auserkoren werden dürfen, die über die für diese Aufgabe erforderliche betriebswirtschaftliche Erfahrung und Sachkunde verfügen.

GmbH in demselben direkt zu benennen und mit einem Gemeindevertreter zu besetzen. Alternativ könnte der Gemeinde auch das Recht eingeräumt werden, den Geschäftsführer zu bestellen.

Kommunalrechtliche Bestimmungen über die Besetzung der Personen des Vorstandes einer AG können gesellschaftsnormative Vorgaben nicht abändern. Vorstandsmitglieder sind nach dem AktG vom Aufsichtsrat zu bestellen, § 84 Abs. 1 S. 1 AktG. Spielräume gewährt hingegen § 76 Abs. 2 S. 1 AktG, der bestimmt, dass der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Die konkrete Zahl oder zumindest die Regeln, nach denen diese bestimmt wird, werden in der Satzung festgelegt<sup>1061</sup>.

Je größer das Unternehmen ist und je weiter sein Tätigkeitsfeld gesteckt ist, desto eher empfiehlt sich die Bestimmung einer größeren Anzahl an Vorstandsmitgliedern ebenso wie von Geschäftsführern. Abstimmungsprozesse und Unterrichtungspflichten<sup>1062</sup> könnten zwar augenscheinlich den Entscheidungsfindungsprozess erschweren, doch machen sich gerade in komplexeren Unternehmensstrukturen die Entlastungseffekte bemerkbar, die bei größer angelegten Leitungsorganen durch die Zuweisung von Ressorts entstehen. Bei geringerer Vorstandsgröße besteht die Gefahr, einseitiger Entscheidungsfindung<sup>1063</sup>, da das vertretene Interessenspektrum denklogisch kleiner ausfällt.

Die konkrete Anzahl der Leitungsorgane kann jedenfalls nicht im Vornherein allgemeingültig für alle Unternehmen festgelegt werden, sondern bedarf einer Anpassung an die spezifischen Gegebenheiten (Unternehmensgröße, Tätigkeitsfeld, Marktpositionierung, Risikopotential, Bedarf an Fachwissen u.ä.). Der Gesetzgeber kann allenfalls Normen mit Leitbildcharakter erlassen, die den Kommunen als Orientierungshilfe dienen, von denen sie im Einzelfall je nach Erforderlichkeit abweichen können.

### **c. Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder**

In der AG richtet sich die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder nach § 95 AktG. Der Aufsichtsrat hat aus mindestens drei Mitgliedern zu bestehen, die Satzung kann aber auch eine größere Zahl bis zu der in S. 4 genannten Höchstzahl bestimmen, diese muss aber durch drei teilbar

---

<sup>1061</sup> § 23 Abs. 3 Nr. 6 AktG, *Weber*, in: *Hölters*: Aktiengesetz, § 76 Rn. 62.

<sup>1062</sup> Vgl. *Weber*, in: *Hölters*: Aktiengesetz, § 76 Rn. 63.

<sup>1063</sup> *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 76 Rn. 113.

sein<sup>1064</sup>, wenn mitbestimmungsrechtliche Regelungen dies erfordern. Diesen Normen ist es auch geschuldet, dass der Aufsichtsrat im internationalen Vergleich relativ groß ausfällt<sup>1065</sup>. Eine höhere Anzahl an Mitgliedern ist aber der Effizienz des Organs nicht notwendigerweise abträglich, kann die Arbeit doch auf verkleinerte Gremien – Ausschüsse – verteilt werden<sup>1066</sup>. Nur die Mindestzahl an Aufsichtsratsmitgliedern festzulegen, birgt aufgrund der Beschlussfähigkeitsregelung des § 108 Abs. 1 S. 3 AktG (Notwendigkeit der Teilnahme von mindestens 3 Mitgliedern) indes ein Erpressungspotential. Jedes Mitglied könnte dann mit seiner Nichtteilnahme drohen und so die Entscheidungsfindung des Aufsichtsrats beeinflussen<sup>1067</sup>. Im Übrigen gilt das zur Festlegung der Vorstands- und Geschäftsführerzahl Gesagte, maßgeblich sind die konkreten Umstände. Einem überschaubar strukturierten Unternehmen wird in der Regel auch ein kleinerer Aufsichtsrat genügen. Bei der Satzungsgestaltung hat die Kommune folglich einen Spielraum.

#### **d. Kommunales (Vor-)Verfahren zur Auswahl der Organmitglieder**

In den Gemeindeordnungen sollte außerdem bestimmt werden, wie die in den Aufsichtsrat oder Beirat zu entsendenden kommunalen Vertreter zu wählen oder zu benennen sind, welche konkreten Personen also das kommunale Mandat erhalten sollen. Gemeint sind Vorschriften zum gemeindeinternen Beschlussverfahren, die die Auswahl der zu entsendenden Aufsichtsratsmitglieder betreffen. Sie sollten etwa die besondere Sachkunde und die Zuverlässigkeit des Kandidaten zur Voraussetzung erheben. Um auch die politischen Kräfteverhältnisse angemessen zu berücksichtigen, bietet es sich an, sofern mehrere Vertreter in das Aufsichtsgremien geschickt werden sollen, die gemeindlichen Vertreter entsprechend der politischen Verteilung des Gemeinderats resp. nach dem Verhältniswahlrecht zu bestimmen<sup>1068</sup> (der Aufsichtsrat als verkleinerter Gemeinderat, Grundsatz der Spiegelbildlichkeit). Das gemeindeinterne Vorverfahren ist aber eine Selbstverständlichkeit. Im Gemeinderat wurde und wird ohne die Personen beraten, die die Gemeinde vertreten, wenn sie nicht allein vom Hauptverwaltungsbeamten repräsentiert werden soll. Die gesetzlichen Auswahlbestimmungen sind daher klarstellender und fakultativer Natur.

<sup>1064</sup> Hiermit wird dem Drittelbeteiligungsgesetz Rechnung getragen. Die Vorgabe gilt auch in einer mitbestimmungsfreien AG, nicht jedoch dort, wo das MitbestG anwendbar ist, da sich aus diesem zwingende Größen ergeben:

*Simons*, in: *Hölters*: AktG, § 95 Rn. 7.

<sup>1065</sup> *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, § 95 Rn. 26; vgl. auch *Simons*, in: *Hölters*: AktG, § 95 Rn. 2.

<sup>1066</sup> *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, § 95 Rn. 26.

<sup>1067</sup> *Simons*, in: *Hölters*: AktG, § 95 Rn. 4; *Henssler*, in: *Henssler/Strohn*: Gesellschaftsrecht, § 95 AktG Rn. 2.

<sup>1068</sup> Z.B.: § 97 Abs. 1 S. 4 BbgKVerf; § 71 Abs. 2 S. 1 KV M-V; § 104 Abs. 1 S. 2 GO BW.

## **e. Entsenderechte**

Entsprechend dem Vorbild von § 113 Abs. 3 S. 1 GO NRW sollten die Gemeindeordnungen die Kommunen verpflichten, eine gesellschaftsvertragliche Klausel aufzunehmen, nach der dem kommunalen Gesellschafter das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.

Die Bedeutung von Entsenderechten kann in der AG nicht unterschätzt werden, fehlt es hier doch außerhalb der Hauptversammlung an Möglichkeiten, das Wirken der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar (durch Weisung) zu beeinflussen. Soweit gesellschaftsrechtlich vereinbar, ist folglich durch die Gemeindeordnungen vorzuschreiben, dass sich die Gemeinden Entsenderechte vorbehalten müssen, um so auf die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrats einzuwirken und um damit zugleich mittelbar die Vorstandsbesetzung zu beeinflussen, denn die Vorstandsmitglieder werden vom Aufsichtsrat bestellt<sup>1069</sup>. Über Entsenderechte kann der Aufsichtsrat – zumindest teilweise – mit kommunalpolitisch verantwortlichen Mitgliedern besetzt werden, also mit Personen, die gemeindliche Interessen respektieren und umsetzen. Zwar sind sie ebenso weisungsfrei wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder, doch fürchten sie, bei Abweichungen von kommunalpolitischen Linien mit einer Abberufung abgestraft zu werden. Denn nach § 103 Abs. 2 S. 1 AktG können Aufsichtsratsmitglieder, die ihr Mandat einer Entsendung verdanken, jederzeit abberufen werden. Diese Folge zeitigt zumindest faktische Auswirkungen auf das Entscheidungsverhalten dieser Mitglieder. Fehlende Weisungsbefugnisse werden gleichsam durch die Entsendungsrechte substituiert. Die Kautele der Entsenderechte ist daher ein zwingendes Erfordernis, tritt es doch an die Stelle der sonst einzuräumenden Weisungsrechte<sup>1070</sup>.

## **6. Genehmigungsvorbehalte**

Bloße Anzeigepflichten<sup>1071</sup> gegenüber der Kommunalaufsicht hinsichtlich kommunalwirtschaftlich bedeutungsvoller Vorgänge wie die wesentliche Erweiterung der Unternehmensausrichtung, dem Erwerb von Beteiligungen an anderen Unternehmen, über Umwandlungen, Auflösungen, Entscheidungen über die Beteiligung von Privaten u.ä. sind in Genehmigungsvorbehalte umzuwandeln, da erstere nicht ausreichend Gewähr dafür bieten, dass die

---

<sup>1069</sup> § 81 Abs. 1 S. 1 AktG.

<sup>1070</sup> Dies kann aber nur innerhalb der Grenzen, die das Gesellschaftsrecht setzt, umgesetzt werden, vgl. § 101 Abs. 2 und § 103 Abs. 2 AktG.

<sup>1071</sup> Bsp.: § 152 NKomVG.

normativen Vorgaben in praxi eingehalten werden. Im Übrigen sind die Genehmigungsvorbehalte außerdem auszubauen. Es sind mindestens die oben dargestellten Vorgänge der Genehmigungspflicht zu unterstellen<sup>1072</sup>. Aber auch die Ingerenzmöglichkeiten der Kommunalaufsicht sind auszubauen, ist doch die Steuerungskraft ihrer bisherigen Einwirkungsbefugnisse in Zweifel zu ziehen<sup>1073</sup>. Verdeutlichen lässt sich dies anhand des folgenden Beispiels: Bisher bildet die in einigen Kommunalordnungen vorgesehene Verpflichtung der Kommune, den Rückgriff auf die private anstelle der öffentlich-rechtlichen Organisationsform zu rechtfertigen, keine ausreichende kommunalaufsichtliche Handhabemöglichkeit. Die Gemeinde belegt üblicherweise mit sogenannten Wirtschaftlichkeitsanalysen die Vorteilhaftigkeit der GmbH- (seltener der AG-)Form. Der Aufsicht sind rechtlich wie tatsächlich doch weitgehend die Hände gebunden, zu intervenieren und unvollständige oder unrichtige Berichtsangaben sowie das von der Gemeinde gefundene, intendierte Ergebnis (meist in Richtung der Wahl der GmbH) zu widerlegen. Es bleibt meist nur, eigene Wirtschaftlichkeitsanalysen in Auftrag zu geben, doch sieht die Aufsicht hiervon üblicherweise aufgrund knapper Ressourcen (vor allem wegen der anfallenden Kosten) und der nicht unerheblichen Zeitdauer für ihre Anfertigung ab. Sie ordnet sich mit anderen Worten der Einschätzung der Kommune unter. Sie kann dann nur nach der Unternehmensgründung und sobald sich herausstellt, dass das Unternehmen sich etwa vom ursprünglich angegebenen öffentlichen Zweck entfernt, eine erforderliche Genehmigung versagen.

Gleichwohl sind die Genehmigungsvorbehalte zwingend in den Gemeindeordnungen zu verankern, gibt es doch nur wenige Mechanismen, mit denen außerhalb der gemeindeinternen Sphäre<sup>1074</sup> – objektiv ohne Voreingenommenheit mangels eigener Gesellschafterstellung – überprüft werden kann, ob die Vorgaben des öffentlichen Rechts eingehalten werden.

## **7. Einrichtung von Aufsichtsorganen/sonstigen fakultativen Gesellschaftsorganen**

Fraglich ist, ob in einer nicht mitbestimmten GmbH die Einrichtung eines Aufsichtsrats oder Beirats zwingend vorgeschrieben werden sollte, fallen doch sonst auch schon der Generalversammlung die Kompetenzen, die auf diese Organe übertragen würden, anheim<sup>1075</sup>. Jedenfalls würde die Kreation eines solchen Organs eine Entlastung der Generalversammlung bewirken, deren Einberufung schwerfälliger, da verbunden mit organisatorischem

---

<sup>1072</sup> Siehe bereits C. III. 2. c.

<sup>1073</sup> Wettbewerbsbarometer: Gemeindegewirtschaftsrecht des BDI, S. 32.

<sup>1074</sup> Neben den haushalts- und finanzwirtschaftlichen Prüfungen durch die Rechnungsprüfungsämter.

<sup>1075</sup> Garbe-Emden, LKV 2013, 97 (100).



und zeitlichem Aufwand, ist. Bei immer komplexer werdenden Geschäftsvorgängen, Unternehmensstrukturen und Unterbeteiligungen scheint die Geschäftsführung der GmbH zunehmend überfordert<sup>1076</sup>. Dies von einer Gesellschafterversammlung, in welcher Spezialkenntnisse erfahrungsgemäß nur rudimentär verteilt sind, übernehmen zu lassen, erscheint nicht interessengerecht. Beiräte können nicht nur als Kontrollinstanzen eingerichtet werden, sondern auch mit unternehmerischen Entscheidungs-/Leitungsbefugnissen ausgestattet werden<sup>1077</sup>. Gleichwohl widerstreiten hier Entlastungsvorteile mit Koordinationsschwierigkeiten mit der eigentlichen Geschäftsführung. Gegen eine Einbeziehung bei strategischen Unternehmensentscheidungen scheint aber nichts zu sprechen, insbesondere können die Beiräte als „Expertengremien“ mit beratenden Funktionen ausgestaltet werden<sup>1078</sup>. Hierdurch können auch operative Richtungsentscheidungen nach dem Vier-Augen-Prinzip abgesichert werden. Auch Entscheidungsbefugnisse, die zentrale Weichenstellungen in der Unternehmenspolitik darstellen und daher grundsätzlich der Verantwortung der Gesellschafterversammlung unterstellt sind, können auf einen Geschäftsführer und damit auch auf einen Beirat übertragen werden, zumal es die Gesellschafterversammlung in der Hand hat, sich Letztentscheidungsrechte vorzubehalten. Dem Geschäftsführer nach dem Gesetz zwingend übertragene Aufgaben, wie die Vertretung der Gesellschaft nach außen, bleiben allerdings auch diesem vorbehalten<sup>1079</sup>. Gleiches gilt für Grundlagenentscheidungen wie Satzungsänderungen, den Abschluss von Unternehmensverträgen sowie über die Gesellschaftsauflösung<sup>1080</sup>. Die Einrichtung eines Beirats oder fakultativen Aufsichtsrats in einer GmbH ist für die Erreichung des Ingerenzniveaus indes nicht zwingend erforderlich, sondern sollte den Gemeinden als Option zur Verfügung gestellt werden. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den bereits in den Gemeindeordnungen enthaltenen Erfordernissen der Sicherung eines angemessenen Einflusses im Aufsichtsrat oder einem vergleichbaren Gremium. Hieraus lässt sich deshalb keine Verpflichtung zur Errichtung eines besonderen Organs herleiten. Denn in der AG ist der Aufsichtsrat ein zwingend notwendiges Organ<sup>1081</sup> - ebenso wie in der mitbestimmten GmbH. In der nichtmitbestimmten GmbH werden die Befugnisse bei Abwesenheit eines Bei- oder Aufsichtsrats von der Gesellschafterversammlung wahrgenommen.

---

<sup>1076</sup> Spindler/Kepper, DStR 2005, 1775.

<sup>1077</sup> Spindler/Kepper, DStR 2005, 1775; Robertz, MittRhNotK 1991, 239 (240 f.).

<sup>1078</sup> Spindler/Kepper, DStR 2005, 1775 (1776).

<sup>1079</sup> Robertz, MittRhNotK 1991, 239 (242).

<sup>1080</sup> Robertz, MittRhNotK 1991, 239 (242).

<sup>1081</sup> Henssler, in: Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, § 95 AktG Rn. 1.

## **8. Zustimmungsvorbehalte**

Ist der Geschäftsführer kein kommunaler Vertreter, ist es zweckmäßig, sein Handeln an die Zustimmung der Kommune als Gesellschafterin zu knüpfen. Ein Beschluss der Gesellschafterversammlung zur Anweisung des Geschäftsführers ist dann nicht erforderlich.

In einem Unternehmen, das in der Organisationsform der AG geführt wird, sollte die Gemeinde gesetzlich dazu angehalten werden, darauf hinwirken, Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrats im Sinne des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bereits in der Satzung aufzunehmen. Die Arten von Geschäften, für die ein Zustimmungsvorbehalt angezeigt ist, können allerdings nicht abstrakt für sämtliche kommunale Unternehmen festgelegt werden, sind vielmehr von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Der Gesetzgeber sollte daher der Kommune eine Option eingestehen, den Vorbehalt nach ihrem Ermessen vorzusehen.

## **9. Beschränkung der Vertretungsmacht**

Die Gemeinde kann ihren Vertretern in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung zwar Weisungen erteilen, doch bedarf es hierfür zunächst eines gemeindeinternen Beschlusses. Weisungen werden in der Regel aus konkretem Anlass erteilt. Die Gemeinde reagiert damit auf sich abzeichnende Entwicklungen oder erwartete bedeutsame Beschlussfassungen in den Versammlungen der Anteilseigner. Jedenfalls muss sie aktiv tätig werden im Unterschied zur gemeindeordnungsrechtlich angeordneten Beschränkung der Vertretungsmacht. Diese wirkt allgemein, bedarf keiner Beschlussfassung im Gemeinderat. Sie wirkt allerdings nur „negativ“, d.h. Stimmabgaben, die die Vertretungsmacht überschreiten, binden die Gemeinde nicht, wohingegen durch Weisungen das Handeln der kommunalen Repräsentanten aktiv in eine bestimmte Richtung gelenkt wird – mit „ja“ oder „nein“ abzustimmen, oder sich der Stimme zu enthalten. Die Beschränkung der Vertretungsmacht ist daher zwingend für kommunalpolitisch bedeutsame Beschlussgegenstände in den Gemeindeordnungen zu verankern.

## **10. Betätigungskontrolle und Beteiligungsverwaltung**

Zwingend ist die Einrichtung einer Beteiligungsverwaltung und Betätigungsverwaltung, denn nur hierdurch erhält die Gemeinde einen Überblick über ihre Unternehmen und die Unternehmensentwicklung. Die Betätigungskontrolle durch die Gemeinde selbst ist eine Inhaberaufsicht. Nur wenn auch die Gemeinde selbst über ihre Wirtschaftstätigkeit wacht, kann sie

auf eintretende Fehlentwicklungen mittels Aktualisierung ihrer Gesellschafterrechte reagieren und ihrer Verantwortung für ihre Unternehmen übernehmen.

## **V. Umsetzungshindernis Konzernrecht?**

Die dargestellten Steuerungs- und Kontrollrechte entsprechen jedenfalls in ihrer Gesamtheit dem demokratischen Erfordernis der Erreichung des hinreichenden Ingerenzniveaus. Ein Optimierungsgebot besteht allerdings nicht, die hier als „Mindestvorgaben“ titulierten Befugnisse reichen in der Regel bei statutarischer Fixierung aus, um der Kommune einen effektiven Einfluss auf die Unternehmensführung zu vermitteln. Daraus können allerdings auch Friktionen mit konzernrechtlichen (Schutz-)Mechanismen resultieren, was im Folgenden eruiert wird.

Die aktienrechtlichen Vorschriften des Konzernrechts bezwecken den Schutz von Minderheitsaktionären und Gläubigern vor einer einseitig ausgenutzten Übermacht resp. vor Gefahren aus einer beherrschenden Einflussnahme durch den Mehrheitsaktionär<sup>1082</sup>. Dieser Gesetzestelos leitet die Auslegung der Begrifflichkeit des „herrschenden Unternehmens“ im Sinne der §§ 15 ff. AktG.

### **1. Unternehmerbegriff**

„Unternehmen“ nach § 17 AktG kann jeder Gesellschafter unabhängig von seiner Rechtsform sein, bei dem zusätzlich zu seiner Beteiligung eine wirtschaftliche Interessenbindung außerhalb der Gesellschaft hinzukommt, die stark genug ist, um die ernste Besorgnis zu begründen, dieser Aktionär könnte um ihretwillen seinen Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft ausüben<sup>1083</sup>. Verhindert werden soll, dass ein Großaktionär Sonderinteressen verfolgt, die mit dem Gesellschaftsinteresse nicht in Einklang zu bringen sind, mit anderen Worten dass er das Wohle des Unternehmens individuellen Interessen opfert<sup>1084</sup>. In gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, in denen sich öffentliche Mehrheits- und private Minderheitsaktionäre gegenüber stehen, werden letztere als besonders schutzwürdig erachtet<sup>1085</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH ist grundsätzlich allein die Höhe der Beteiligung nicht entscheidend, sondern es sei auch

---

<sup>1082</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 338.

<sup>1083</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 215.

<sup>1084</sup> BGHZ 69, 334 ff. = NJW 1978, 104 – VEBA/Gelsenberg.

<sup>1085</sup> Gersdorf, Öffentliche Unternehmen, S. 149 f.

eine „wirtschaftliche Interessenbindung außerhalb der Gesellschaft“ zu berücksichtigen<sup>1086</sup>. Allerdings sei dies für beteiligte Körperschaften des öffentlichen Rechts dahingehend zu modifizieren, dass von einer konzernrechtlichen Unternehmerstellung bereits dann auszugehen sei, wenn sie die Gesellschaft „beherrschen“, bestehe doch hier die Gefahr der einseitigen Förderung öffentlicher Interessen zum Nachteil der Minderheitsgesellschafter<sup>1087</sup>. Bei Beteiligungen der öffentlichen Hand sind prinzipiell Kollisionen zwischen dem Interesse an der Verfolgung öffentlicher Aufgaben sowie der Bindung an das Gemeinwohl und den wirtschaftlichen Interessen der privaten Gesellschafter denkbar<sup>1088</sup>.

## **2. Beherrschung**

Nach § 17 Abs. 2 AktG wird bei einer Mehrheitsbeteiligung vermutet, dass eine Beherrschung und damit ein Abhängigkeitsverhältnis vorliegt. Indes kann auch eine Stellung als Minderheitsgesellschafter eine „Beherrschung“ bedeuten, wenn die Hauptversammlungsrepräsentanz in der Regel gering ist und die öffentliche Hand demgemäß die Mehrheit darstellt, der übrige Anteilsbesitz stark zersplittert ist oder der kommunale Gesellschafter über sonstige weitreichende Einflussrechte – wie vorliegend von ihm aus dem Demokratieprinzip gefordert - verfügt<sup>1089</sup>. Von einer „Beherrschung“ ist daher neben dem Maß der Beteiligung auch zu eruieren, welche Einflussnahmemöglichkeiten – vor allem über Sonderrechte der öffentlichen Hand im Unternehmensstatut eingeräumt wurden<sup>1090</sup>.

Fraglich ist, ob sich derartige Bedenken ausräumen lassen, wenn man – wie oben zwingend gefordert<sup>1091</sup> - den öffentlichen Zweck als Unternehmenszweck in den Gesellschaftsvertrag implantiert, laufen dann doch öffentliche und Gesellschaftsinteressen gleich, sind identisch, zumal auch die Kommunen dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit verhaftet sind und damit „die Regeln einer am Markt orientierten Wettbewerbswirtschaft zumindest mit zu berücksichtigen und insoweit auch unternehmerisch zu handeln“ haben<sup>1092</sup>. Beherrschungschancen werden dann nicht missbraucht, wenn die Eigeninteressen der Gesellschaft ausreichend berücksichtigt werden<sup>1093</sup>.

---

<sup>1086</sup> BGH NJW 1978, 104; BGH NJW 1997, 1855 (1856); *Liebscher*, in: MüKo GmbHG: Anhang Die GmbH als Konzernbaustein (GmbH-Konzernrecht), Rn. 57 f.

<sup>1087</sup> BGH NJW 1997, 1855 (1856).

<sup>1088</sup> BGH NJW 1978, 104 f.

<sup>1089</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 217.

<sup>1090</sup> Vgl. BGH NJW 1997, 1855 (1856 f.); *Wehrstedt*, MittRhNotK 2000, 269 (274).

<sup>1091</sup> Siehe gerade unter IV.

<sup>1092</sup> BGH NJW 1978, 104 (105).

<sup>1093</sup> *Wehrstedt*, MittRhNorK 2000, 269 (275).

Das Konzernrecht begrenzt aber nicht nur die Möglichkeiten der Kommunen, sondern bietet ihr auch zusätzliche Steuervorteile. Es soll insbesondere in Aktiengesellschaften eine Einwirkungsalternative darstellen<sup>1094</sup>: Über den Abschluss von Beherrschungsverträgen (§ 291 Abs. 1 S. 1 AktG) kann die Leitung einer AG auch einer Gebietskörperschaft unterstellt werden, wird deren Vorstand doch dadurch weisungsabhängig (§ 308 Abs. 1 S. 1 AktG)<sup>1095</sup>. Einer unangemessenen Schlechterstellung sonstiger Aktionäre in Beteiligungsgesellschaften kann gegebenenfalls durch eine Einschränkung des Weisungsrechts im Beherrschungsvertrag oder in der Satzung des Unternehmens begegnet werden<sup>1096</sup>. In solch vertraglichen Konstellationen treffen die öffentliche Hand in der Rolle des „Beherrschenden“ allerdings (Verlust-)Ausgleichspflichten nach den §§ 302 ff. AktG. Es liegt daher auf der Hand, dass ihr der Abschluss solcher Verträge unattraktiv erscheinen wird. Ganz abgesehen davon, dass dies der kommunalnormativen Direktive der Begrenzung der Verlustübernahmepflicht widerspricht und daher unzulässig ist<sup>1097</sup>.

Trotz Verzichts auf den Abschluss eines Beherrschungsvertrags können sich aus den Tatbeständen des einfachen und qualifiziert faktischen Konzern Ausgleichs- und Schadensersatzpflichten ergeben. Für den Fall der Beherrschung einer AG – also in ihrer Rolle als abhängige Gesellschaft – regeln die §§ 311 ff. AktG einen kleinen Ausschnitt des ansonsten wenig kodifizierten Rechts des faktischen Konzerns. Nach § 311 Abs. 1 AktG darf das herrschende Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, die abhängige Gesellschaft zu „veranlassen“, ein für sie nachteiliges Geschäft vorzunehmen. Allgemein wird der „Veranlassungsbegriff“ extensiv ausgelegt, kann sogar „bloße“ Ratschläge – ohne Weisungsqualität – erfassen<sup>1098</sup>. Werden entstandene Nachteile nicht spätestens bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen, ergibt sich gemäß § 317 Abs. 1 S. 1 AktG ein **Schadensersatzanspruch** zugunsten der abhängigen AG.

Nachteilsausgleichspflichten (und Schadensersatzpflichten) können hiernach indessen vermieden werden, wenn ein Sorgfaltspflichtverstoß – oder anders gewendet ein „Nachteil“ i.S.d.

---

<sup>1094</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 215.

<sup>1095</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 217; Grunewald, JA 1992, 11 und 14.

<sup>1096</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 217.

<sup>1097</sup> § 73 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 ThürKO; § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GO NRW; Gundlach/Frenzel, LKV 2001, 246 (248 f.); Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (275 f.); Engellandt, Einflussnahme, S. 42; Büchner, Die rechtliche Gestaltung kommunaler öffentlicher Unternehmen, S. 229.

<sup>1098</sup> Grunewald, JA 1992, 11 (15).

§ 311 AktG – nicht vorliegt, wenn also im Gesellschaftsinteresse gehandelt wird<sup>1099</sup>. Im Falle der Involvierung einer Kommune – als herrschendes Unternehmen –, welche ihre wirtschaftliche Betätigung als Vehikel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu nutzen hat, kann ein Zuwiderhandeln gegen Unternehmensinteressen nur zu verneinen sein, wenn der öffentliche Zweck im Gesellschaftsvertrag niedergelegt wurde<sup>1100</sup>. In einer GmbH sind Beherrschungsverträge zwar wegen der unmittelbaren Weisungsmöglichkeit der Gesellschafterversammlung gegenüber dem Geschäftsführer ohnehin gegeben, doch ermöglichen sie direkte Anweisungsmöglichkeiten, ohne den Umweg über die Gesellschafterversammlung gehen zu müssen<sup>1101</sup>. Allerdings wird auch hier eine Verpflichtung zum Ausgleich nach § 302 AktG analog angeordnet, wenn das herrschende Unternehmen die Grenzen zulässiger Weisungen überschreitet<sup>1102</sup>.

In einem qualifiziert faktischen Konzern, in dem ein in einem Beherrschungsvertrag vergleichbarer Einfluss ausgeübt wird (wo also das abhängige Unternehmen ähnlich einer unselbständigen Betriebsabteilung geführt wird<sup>1103</sup>), reichen die Verpflichtungen der herrschenden Partei sogar noch weiter. Hier besteht eine Verlustübernahmepflicht entsprechend den §§ 302 f. AktG<sup>1104</sup>. Eine Konzernhaftung nach diesen Rechtsnormen kann aber vermieden werden, wenn die Eigeninteressen des „beherrschten Unternehmens“ ausreichend Beachtung finden, die Interessen von Kommune und Gesellschaft also gleichlaufen<sup>1105</sup>. Die knüpft an die oben ventilierter These an, dass über die Aufnahme des öffentlichen Zwecks in die Unternehmenssatzung ein Widerspruch zwischen öffentlichen und gesellschaftlichen Interessen vermieden wird<sup>1106</sup>.

Gegenüber dem Vertragskonzern kommen aber Weisungen der öffentlichen Hand gegenüber dem Vorstand einer AG keine Verbindlichkeit zu<sup>1107</sup>. Der (einfach) faktische Konzern eröffnet also keine zusätzlichen Ingerenzmöglichkeiten. Die Aufnahme des öffentlichen Zwecks

---

<sup>1099</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 224.

<sup>1100</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 224.

<sup>1101</sup> Grunewald, JA 1992, 11 (16).

<sup>1102</sup> Grunewald, JA 1992, 11 (17).

<sup>1103</sup> Grunewald, JA 1992, 11 (16).

<sup>1104</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 226; Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (274); Engelland, Einflussnahme, S. 42. Grunewald, JA 1992, 11 (16): Dies beruht letztlich auf dem Gedanken, dass hier eine nachteilsberechnungstechnische Gesamtbetrachtung angezeigt ist, da sich im qualifiziert faktischen Konzern einzelne Maßnahmen, die eine Nachteilsausgleichspflicht auslösen können, nicht mehr identifizieren lassen.

<sup>1105</sup> Engelland, Einflussnahme, S. 44.

<sup>1106</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 224.

<sup>1107</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 224.

im Gesellschaftsstatut ist dennoch essentiell, um Schadensersatzpflichten wegen Verletzung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten in der GmbH – in der § 311 AktG nicht analog anwendbar ist – zu entgehen, da nur dann ausgeschlossen ist, dass die berechtigten Belange der Gesellschaft und der ggf. noch vorhandenen privaten Gesellschafter nicht übergangen werden<sup>1108</sup>.

Die aktienrechtlichen Vorschriften betreffend den einfach faktischen Konzern sind gegenüber einer abhängigen GmbH nicht, auch nicht analog, anwendbar; Schadensersatzpflichten lassen sich hier nur auf die Verletzung von Treuepflichten stützen, insbesondere auf § 43 GmbHG analog<sup>1109</sup>. Im qualifiziert faktischen Konzern finden hingegen die §§ 302 f. AktG analoge Anwendung<sup>1110</sup>. Nach der BGH Judikatur besteht der Anspruch nach § 302 AktG analog nicht, „soweit die eingetretenen Verluste auf Umständen beruhen, die mit der Ausübung der Leitungsmacht nichts zu tun haben“<sup>1111</sup>. Ein Anspruch sei nur auf die §§ 302 ff. AktG analog zu stützen, wenn die Konzernleitungsmacht missbräuchlich handle, keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen GmbH nehme, wofür allein die dauernde und umfassende Ausübung der Leitungsmacht noch nicht genüge<sup>1112</sup>. Das erhellt, dass auch insofern eine Implantation des öffentlichen Zwecks in den GmbH-Gesellschaftsvertrag verhindern kann, dass dessen Verfolgung durch die Kommune als „herrschendes Unternehmen“ als Missbrauch ihrer Einwirkungsmöglichkeiten gesehen wird.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass eine AG gegenüber einer GmbH die unvorteilhaftere Rechtsform ist, lassen sich doch auch über die Regeln des faktischen Konzerns keine verbindlichen Weisungsrechte verwirklichen. Der Abschluss von Beherrschungsverträgen, welche unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber dem Vorstand eröffnen, ist der Kommune ohnehin verwehrt, da dies den kommunalrechtlichen Vorgaben zur Haftungsbegrenzung bzw. zum Verbot der Übernahme von Verlusten in unbegrenzter oder unangemessener Höhe zuwiderliefe. Nach den auf den GmbH- sowie AG-Konzern anwendbaren Regeln zum faktischen Konzern besteht für die Gemeinde indes die Gefahr von Verlustausgleichs- und Schadensersatzpflichten, denen sie nur entgehen kann, wenn Unternehmensinteresse und das vom herrschenden Unternehmen „Gemeinde“ verfolgte öffentliche Interesse durch dessen Veran-

---

<sup>1108</sup> BGH NJW 1976, 191.

<sup>1109</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 225; Grunewald, JA 1992, 11 (17).

<sup>1110</sup> BGH NJW 1989, 1800 ff.

<sup>1111</sup> BGH NJW 1989, 1800 (1802).

<sup>1112</sup> BGH 122, 123 ff.

kerung im Gesellschaftsstatut gleichlaufen und dies daher zu einer Verneinung eines missbräuchlichen, das abhängige Unternehmen einseitig benachteiligenden Wirkens führt<sup>1113</sup>.

## **VI. Zusammenfassung der in den Gemeindeordnungen zwingend aufzunehmenden Steuerungsmechanismen**

Als Resümee lässt sich festhalten, dass die folgenden gesellschaftsrechtlich kompatiblen Einflussnahmemöglichkeiten von den Gemeinden zu ergreifen sind, um das notwendige Ingegnrenzniveau zu erreichen: Unerlässlich ist die Aufnahme des öffentlichen Zwecks. Davon hängt ab, dass konzernrechtlichen Schadensersatz- und Nachteilsausgleichspflichten gemäß §§ 311, 317 Abs. 1 S. 1 AktG ausgewichen werden kann. Ebenso sind die Anforderungen an die Änderung des Unternehmenszwecks entsprechend § 33 Abs. 1 S. 2 BGB von der Aufnahme des öffentlichen Zwecks abhängig. Darüber hinaus können kommunalaufsichtliche Genehmigungsvorbehalte nur hieran ausgerichtet werden.

Daneben sind Sperrminoritäten (vor allem in der Hauptversammlung einer AG) und die Festlegung von Abstimmungsquoten entsprechend der Höhe kommunaler Beteiligung essentiell, um kommunale Interessen durch ein Überstimmtwerden zu schützen. In einer AG sind ggf. Höchststimmrechte vorzusehen, wenn bei einer einfachen Stimmenmehrheit verblieben werden soll, denn dann kann ein Mehrheitsaktionär nur im Zusammenwirken mit Vertretern der öffentlichen Hand Beschlüsse in der Hauptversammlung fassen und eine Mehrheit erhalten. Außerdem sind in einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat Weisungsrechte gegenüber kommunipalen Vertretern vorzusehen. Gleiches gilt für Vertreter in der Haupt- resp. Gesellschafterversammlung. Weisungsrechte sind die effektivste und sicherste Möglichkeit, um den Inhalt der im jeweiligen Organ zu fassenden Beschlüsse beeinflussen zu können.

Entsenderechte bzgl. Aufsichtsratsmitgliedern sind deshalb nicht fakultativ, weil sie eine derzeitige Abberufungsmöglichkeit implementieren, sodass bei einem von der Verfolgung des öffentlichen Zwecks abweichenden Verhalten der Mitglieder hierauf reagiert werden kann, indem fortan Mandate an kommunipale Vertreter vergeben werden, die Gewähr für die Respektierung kommunaler Interessen bieten.

Des Weiteren kann auf die genaue Stipulierung von Genehmigungsvorbehalten der Kommunalaufsicht nicht verzichtet werden. Dies betrifft u.a. die Bereiche der wesentlichen Änderung

<sup>1113</sup>

BGH DNotZ 1995, 946 (949); Wehrstedt, MittRhNotK 2000, 269 (274).



der Unternehmensausrichtung, der Auflösung und der Entscheidung über die Beteiligung von Privaten an Stelle bloßer Anzeigepflichten.

Um kommunalen Zielvorstellungen widersprechendes Abstimmungsverhalten in der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung einzudämmen, ist die Vertretungsmacht der dort mandatierten Vertreter zu beschränken, da hieraus ggf. eine Unwirksamkeit der Stimmausübung zulasten der Kommune resultiert.

Ferner ist eine Beteiligungsverwaltung zu installieren, weil die Gemeinde nur hierdurch die notwendige Kenntnis über die Notwendigkeit eines Intervenierens zugunsten kommunalen Interessen erhält.

## **VII. Unterbeteiligungen**

Bei Unterbeteiligungen der Kommune, d.h. beim Erwerb von Anteilen an einem weiteren Unternehmen durch die Eigen- oder Beteiligungsgesellschaft der Gemeinde, muss verhindert werden, dass kommunalrechtliche Vorgaben umgangen oder verfassungsnormative Direktiven untergraben werden. Denn durch Tochter- und Enkelgesellschaftern werden Unternehmensstrukturen verunklart, hier besteht der Anreiz, sich von den „Fesseln“ des öffentlichen Zwecks zu lösen und sich reinen erwerbswirtschaftlichen Betätigungen zuzuwenden<sup>1114</sup>. Der (zu reformierende) kommunalverfassungsrechtliche Pflichtenkatalog für öffentliche Unternehmen, wie er soeben dargestellt wurde<sup>1115</sup>, ist auf Unterbeteiligungen zu erstrecken, da andernfalls der öffentliche Zweck sowie sonstige rechts-, sozial- und demokratiestaatliche Anforderungen nicht effizient gewährleistet werden<sup>1116</sup>.

## **VIII. Gesetzgeberische Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht**

Bereits mehrfach wurde darauf hingewiesen, dass die **derzeitige Fassung** der Gemeindeordnungen die Erreichung des verfassungsrechtlich geforderten Ingerenzniveaus vermissen lassen. Es genügt nicht, sich mit Wendungen zu begnügen, die Gemeinde müsse sich einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Gremium vorbehalten. Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der Gemeinde bei der Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe mag vor dem Hintergrund der Selbstverwaltungsgarantie nachvoll-

---

<sup>1114</sup> *Schulz*, BayVBl. 1996, 97 (100).

<sup>1115</sup> Essentiell ist insbesondere die Verankerung eines Genehmigungsvorbehalts zugunsten der Kommunalaufsicht, welche die Einhaltung der Kommunalvorschriften überprüft.

<sup>1116</sup> *Garbe-Emden*, LKV 2013, 97 (102).

ziehbar sein, wird indes in praxi verfassungsrechtlich nicht immer angemessen gehandhabt. Man möchte zwar nicht unterstellen, dass grundgesetzliche Vorgaben dolos missachtet werden, doch bedingen auch fehlende Erfahrung oder Unkenntnis im Umgang mit privaten Organisationsformen nicht selten die Verfassungswidrigkeit der Wirtschaftsbetätigung.

Im Bereich des kommunalwirtschaftlichen Handelns scheint ein Konflikt zwischen der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden – namentlich der Anerkennung einer Einschätzungsprärogative hinsichtlich der organisatorischen Ausgestaltung der Aufgabenwahrnehmung – und dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip zu Tage zu treten. Freilich lässt sich der Verfassung grundsätzlich keine Rangfolge der berührten Verfassungsnormen entnehmen, sie sind vielmehr im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Der „Konflikt der Verfassungsnormen“ lässt sich indes entschärfen, wenn man bedenkt, dass die kommunale Selbstverwaltungsgarantie – vorbehaltlich eines nicht entziehbaren Kernbereichs – nur im Rahmen der Gesetze gewährleistet ist. Der Gesetzgeber kann mithin Ausgestaltungsvorgaben machen. Die aus Art. 28 Abs. 2 GG zu deduzierenden Hoheiten bestehen nur innerhalb eines gesetzlich vorgesteckten Rahmens. Dieser kann umso enger gezogen sein, desto intensiver und nachhaltiger verfassungsrechtliche Strukturdirektiven auf dem Spiel stehen. Bei der Konzeptionierung der Kommunalordnungen, insbesondere dem normativen Unterbau der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit, ist der jeweilige Landesgesetzgeber augenscheinlich davon ausgegangen, dass die Schaffung grober Rahmenbedingungen inklusive unbestimmter Rechtsbegriffe einen Ausgleich zwischen organisatorischer Gestaltungsfreiheit, Flexibilität zur Anpassung an die individuellen örtlichen Bedürfnisse und grundgesetzlichen wie landesverfassungsrechtlichen Strukturdirektiven schafft, insbesondere dass sich die Gemeinden im Durchschnitt hinreichende Ingerenzrechte sichern, um Einfluss auf die Geschicke „ihrer“ Unternehmen bzw. derjenigen zu haben, an welchen sie – gleich welcher Quote – beteiligt sind. Im Nachgang ist diese **Prognose als irrig** zu bewerten, mag der Gesetzgeber auch zum Zeitpunkt des Normerlasses nachvollziehbar von einem ausreichenden Schutzkonzept ausgegangen sein. Gesetzgeberische Prognosen, welche bei Erlass eines Gesetzes noch als vertretbar erschienen, können sich während der Zeit ihres Bestehens mit Blick auf ihre Wirkkraft und Umsetzung in der Praxis als fehlerhaft herausstellen.

Das BVerfG ventiliert die These vom Bestehen einer möglichen **Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht** des Gesetzgebers<sup>1117</sup>. In Bereichen, die höchst unsicher und komplex sind,

---

<sup>1117</sup> BVerfGE 88, 203 (269) – Schwangerschaftsabbruch II.

in denen sich die Folgen und die Akzeptanz von Gesetzen nicht sicher vorhersagen lassen und daher einer prognostischen Bewertung bedürfen, kann sich die legislative Arbeit nicht allein in dem Gesetzgebungsakt erschöpfen, vielmehr muss die weitere Entwicklung im Auge behalten werden, was die Wirksamkeit der von ihm erlassenen Normen betrifft. Es geht weniger um ihr rechtstechnisches Inkrafttreten, sondern mehr um ihre soziale Akzeptanz, um das Entfalten ihrer Steuerungskraft in der Rechtstatsächlichkeit. In grundrechtssensiblen Bereichen muss der Gesetzgeber mittels Sicherungsmechanismen Sorge dafür tragen, dass in die Grundrechte nicht oder nicht mehr als nötig eingegriffen wird.

Wandeln sich die tatsächlichen Verhältnisse, welche bei der gesetzgeberischen Prognose bestanden oder zeigt sich eine erhebliche Abweichung von der erwarteten Rechtsumsetzung bzw. im Grad der Erreichung des Gesetzeszwecks, muss der Gesetzgeber korrigierend<sup>1118</sup> eingreifen und zwar mit einer Änderung oder Aufhebung der von ihm erlassenen Gesetze<sup>1119</sup>. Untätigkeit würde einen Verfassungsverstoß bedeuten<sup>1120</sup>. Die Legislative trifft die Verantwortung dafür, dass ihre Gesetze in Übereinstimmung mit der Verfassung bleiben, was sich schon aus der Bindung der Legislative an die verfassungsmäßige Ordnung ergibt, Art. 20 Abs. 3 GG. Eine permanente Kontrolle ist nicht schlechthin gefordert, gleichwohl trifft den Gesetzgeber die Pflicht zur Korrektur, sobald ihm eine zwischenzeitlich eingetretene Verfassungswidrigkeit offenbar wird<sup>1121</sup>.

Eine Regelung ist insbesondere dann verfassungswidrig, wenn sich im Verlaufe der Zeit ein **Vollzugsdefizit** zeigt und sich dieses auf die Struktur der Norm zurückführen lässt, mithin auf einem **strukturellem Regelungsdefizit** fußt<sup>1122</sup>. Dieses liegt dann nicht vor, wenn der Gesetzgeber eine für die Grundrechtsverwirklichung gefährliche Verhaltensweise – hier die wirtschaftliche Betätigung im Allgemeinen und in privaten Organisationsformen im Besonderen – erlaubt, sofern er ausreichende Kautelen vorsieht, welche die Verfassungskonformität gewährleisten<sup>1123</sup>. In concreto müssen die Kommunalverfassungen genügende Sicherungen vorsehen, die garantieren, dass bei der wirtschaftlichen Betätigung der demokratischen Forderung nach ausreichender Einflussnahme auf die Unternehmen entsprochen wird. Es bedarf hier einer „Gesetzesumsetzungsabschätzung“ bzw. „Gesetzesumsetzungsevaluierung“, welche als Bestandteil der den Gesetzgeber treffenden Beobachtungspflicht zu begreifen ist.

---

<sup>1118</sup> BVerfGE 50, 290 (335, 352) – Mitbestimmung.

<sup>1119</sup> BVerfGE 57, 139 (162).

<sup>1120</sup> BVerfGE 56, 54 (81).

<sup>1121</sup> BVerfGE 56, 54 (81); 88, 203 (310).

<sup>1122</sup> BVerfGE 133, 168 (233) – Verständigungsgesetz.

<sup>1123</sup> BVerfGE 133, 168 (233); vgl. BVerfGE 118, 212 (232).

Die Begrifflichkeit ist hier angelehnt an diejenige der „Gesetzesfolgenabschätzung“ (GFA), welche die gesetzgeberische Rationalität/das innere Gesetzgebungsverfahren betrifft<sup>1124</sup>. Die GFA ist ein Instrument, die wahrscheinlichen und beabsichtigten wie unbeabsichtigten Folgen und Nebenfolgen von Rechtsnormen zu beurteilen. Ventiliert werden in diesem Rahmen aber auch die voraussichtlichen Kosten und der Erfüllungsaufwand, vgl. § 44 GGO. Da bei der GFA aber vornehmlich Fragen der Reduktion der Regelungsdichte<sup>1125</sup> – einer Gesetzeskomprimierung - und der Vereinfachung gesetzlicher Normen diskutiert werden, wird im folgenden Kontext eine abgewandelte Begrifflichkeit gewählt, geht es doch hier um den speziellen Aspekt, zu ermitteln, ob auch weniger ausführliche gesetzliche Zulässigkeitsvorgaben ausreichen, um den gewünschten Steuerungseffekt zu erzielen. Mithin geht es um die Frage der Notwendigkeit, Normen aufzublähen und ihren Detaillierungsgrad zu erhöhen, da sich die Vagheit der kommunalverfassungsrechtlichen Normen negativ in der Gesetzesanwendung und in der Erreichung des Gesetzeszwecks (Sicherstellung der Verfassungskonformität der Wirtschaftstätigkeit in Privatrechtsform) widerspiegelt – entgegen der Umsetzungsprognose. Freilich ist dem Gesetzgeber beim Erlass von Normen eine angemessene Zeitdauer zuzugestehen, innerhalb derer er Erfahrungen sammeln kann, um zu beurteilen, ob sich sein regulatorisches Konzept bewährt hat<sup>1126</sup>. Akzeptanz und Umsetzung benötigen eine gewisse Anlaufzeit, korrigierende und dirigierende Impulse können hier auch im Verlaufe durch die Fachgerichte geleistet werden. Schließlich gilt es auch, die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zu respektieren. Zum Normerlasszeitpunkt sind die Folgen eines Gesetzes in der Regel noch nicht sicher vorherzusagen. Es erscheint – auch vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes<sup>1127</sup> - nicht gerechtfertigt, die Einschätzung des BVerfG über die künftige Bewährung und Akzeptanz einer Norm an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen, weshalb das Gericht diesem eine angemessene Frist zubilligt, um Erfahrungen zu sammeln<sup>1128</sup>. Die bisherigen Judikate des BVerfG überblickend zeigt sich jedoch eine zurückhaltende Attitüde in der Auferlegung von Nachbesserungspflichten. Jüngst lässt sich dies anhand seines Urteils zu den Urteilsabsprachen<sup>1129</sup> illustrieren. Das in Auftrag gegebene und

<sup>1124</sup> Zu den allgemeinen Modulen der Gesetzesfolgenabschätzung: *Konzendorf*, in: *Blanke/Nullmeier/Reichard/Wewer*: Handbuch zur Verwaltungsreform, S. 135 ff.

<sup>1125</sup> *Böhret/Konzendorf*, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung*, S. 5 f.

<sup>1126</sup> *Bickenbach*, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, S. 497 f.

<sup>1127</sup> BVerfGE 56, 54 (81). Das Gericht meint, einen Verfassungsverstoß wegen unterlassener Nachbesserung nur feststellen zu können, „wenn evident ist, daß eine ursprünglich rechtmäßige Regelung wegen zwischenzeitlicher Änderung der Verhältnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist“. Sein Prüfungsmaßstab ist folglich sehr eingeschränkt.

<sup>1128</sup> BVerfGE 43, 291 (321).

<sup>1129</sup> BVerfGE 133, 168 ff. = NJW 2013, 1058 ff.

von *Altenhain* erarbeitete Gutachten deckt eine jahrelange gesetzeswidrige, weil vorgesehene Kautelen missachtende<sup>1130</sup> Rechtsanwendungspraxis auf. Gleichwohl sah sich das BVerfG nicht veranlasst, einen Korrekturbedarf zu attestieren und ein in einem Regelungsdefizit angelegtes Vollzugsdefizit anzunehmen, denn eine Schutzlücke bestehe in den gesetzlichen Regelungen nicht<sup>1131</sup>.

Ein allzu großzügiger Respekt vor den Einschätzungen des Gesetzgebers ist jedoch bei der kommunalen Wirtschaftstätigkeit nicht angebracht, hier besteht eindeutiger Nachbesserungsbedarf aufgrund der Lückenhaftigkeit und Vagheit der gesetzlichen Regelungen und der ungenügenden Absicherung<sup>1132</sup> von Ingerenzrechten bei der Betätigung in Privatrechtsform. Retrospektiv betrachtet haben sich die gemeindeordnungsrechtlichen Normierungen nicht bewährt, eine **Novellierung** ist erforderlich<sup>1133</sup>. Die „Gesetzesumsetzungsabschätzung“ des Gesetzgebers hat sich als fehlerhaft erwiesen.

Bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen bestehen hingegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das gesetzgeberische Konzept ist stringent und bietet Gewähr für die Beachtung grundgesetzlicher (wie landesverfassungs- und einfachrechtlicher) Vorgaben. Hier bestehen Weisungsrechte der Gemeinde, aber auch Ersetzungsbefugnisse und unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten der Kommunalaufsicht. In den Kapitalgesellschaften ist dies indes nicht der Fall. Die Kommune ist auf die Festschreibung von Sonderrechten, Genehmigungs- resp. Zustimmungsvorbehalten, ggf. Weisungsrechten, sowie auf die Aufnahme des öffentlichen Zwecks als Unternehmenszweck in den Gesellschaftsstatuten angewiesen. Welche Gesellschafterrechte im Einzelnen zwingend aufzunehmen sind, um zulässigerweise auf das private Rechtskleid zurückgreifen zu können, ist den gesetzlichen Grundlagen nicht hinreichend normiert, was in der Praxis zu einer hohen Anzahl an lückenhaften Gesellschaftsverträgen und Satzungen führt. Kommunale Vertreter wissen schlicht nicht, welche Gesellschafterrechte vorgehalten werden müssen, um sich einen „angemessenen Einfluss“ im Unternehmen, vor allem in den Aufsichtsgremien zu sichern. Das Vollzugsdefizit ist mithin durch das kommunalrechtliche Regelungsdefizit bedingt. Die Kommunalverfassungen sind in ihrer derzeitigen

---

<sup>1130</sup> Den „Verständigungsnormen“ der StPO lässt sich entnehmen, dass sogenannte „informelle Absprachen“ unzulässig sind, welche in der Praxis der Gerichte gleichwohl durchgeführt wurden, Protokollierungs- und Dokumentationspflichten wurde schlicht nicht entsprochen.

<sup>1131</sup> BVerfGE 133, 168 (233 f.).

<sup>1132</sup> So ist zwar die Ausführlichkeit der die unternehmerische Tätigkeit in Gesellschaftsform regelnden Norm des § 108 GO NRW grundsätzlich zu begrüßen. Kritisch ist jedoch zu bemerken, dass sie eine bloße Hinwirkungspflicht stipuliert, die zusätzlich von einer Beteiligungsquote von mindestens 50% abhängig gemacht wird und Zustimmungspflichten des Gemeinderates für Beteiligungen ab 25% anordnet (vgl. Abs. 6).

<sup>1133</sup> Vgl. *Böhret/Konzendorf*, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung*, S. 7, 19 ff.: zur retrospektiven GFA.

Ausgestaltung, was die Zulässigkeit und Voraussetzungen der Wahl der privaten Organisationsform betrifft, folglich verfassungswidrig. Eine Novellierung des Kommunalwirtschaftsrechts ist daher notwendig. Nur durch die Aufnahme der als zwingend klassifizierten Steuerungs- und Kontrollrechte<sup>1134</sup>, welche mithin nicht als bloße Reformvorschläge zu begreifen sind, in die Gemeindeordnungen kann das Verdikt der Verfassungswidrigkeit beseitigt werden. Bis zu einer Überarbeitung der einfachgesetzlichen Grundlagen stehen den Kommunen derzeit nur die öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zur Verfügung.

---

<sup>1134</sup>

Siehe C. VI.

## Kapitel 5

### Die Anstalt des öffentlichen Rechts als Organisationsformalternative

Die folgende Darstellung zeigt die Organisationsstrukturen auf. Trotz vereinzelt auftretender Regelungslücken erweist sich die Anstalt als die derzeit grundsätzlich am besten geeignete Organisationsform für öffentliche Unternehmen.

Mit der Anstalt lassen sich vergleichbare Flexibilitätsvorteile – bedingt durch die relative Unabhängigkeit des Leitungsorgans und die rechtliche und organisatorische Selbständigkeit wie bei einer GmbH erreichen. Zusätzliche Entlastungseffekte bei der Strukturierung kommunaler Unternehmen lassen sich mit dieser öffentlich-rechtlichen Organisationsform erzielen. Die Gemeinden müssen in die Erarbeitung des Unternehmensstatuts weniger Zeit und Mühe investieren, um das notwendige Ingerenzniveau zu erreichen, sind die Anstalten doch Teil der mittelbaren Staatsverwaltung<sup>1135</sup>.

Mittels Anstalten des öffentlichen Rechts lassen sich ebenso vielfältige Aufgaben wahrnehmen wie mit Kapitalgesellschaftsformen. Die Vorgaben für die Satzungsgestaltung der AöR sind weniger streng als in der AG, weshalb sich dieses öffentlich-rechtliche Rechtskleid dazu eignet, auf besondere Umstände des Einzelfalls zu reagieren und das Unternehmen an die konkreten örtlichen Gegebenheiten anzupassen. Die Anstalten bieten zugleich den unmittelbaren „Schutz des öffentlichen Rechts“ über Einwirkungsmöglichkeiten der Kommunalaufsicht, der Bindung an das Haushaltsrecht und das öffentliche Dienstrecht<sup>1136</sup>.

Private Organisationsformen erweisen sich wegen des regelungstechnischen Defizits zur Gewährleistung des notwendigen Ingerenzniveaus gegenwärtig nicht als verfassungskonform für das unternehmerische Wirken der Kommunen. Die Gründung neuer Unternehmen und die **Rückführung** bestehender, in Kapitalgesellschaftsform geführter Unternehmen in eine öffentlich-rechtliche Anstaltsform erscheint daher verfassungsrechtlich geboten. Diese Vorgänge fallen unter den Topos der „(Re-)Publizifizierung“.

### A. Rekommunalisierung und Republifizierung

#### I. Begriffe

Unter (Re-)Kommunalisierung wird der Zugriff der Kommune auf die Erfüllung öffentlicher

---

<sup>1135</sup> Gurlit, NZG 2011, 249 (252).

<sup>1136</sup> Kirchhof, AöR 132 (2007), 215 (216 f.).

Aufgaben verstanden<sup>1137</sup>. Die Vorsilbe „Re-“ wird sowohl bei der Kommunalisierung wie auch bei der Publifizierung üblicherweise zur Kennzeichnung der Rückführung vormals in privater Regie wahrgenommener Aufgaben in die Verantwortung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers verwendet<sup>1138</sup>.

Begrifflich genauer sollte, um den Gang und den Untersuchungsgegenstand der Arbeit exakt zu erfassen, nicht von Rekommunalisierung, sondern von Republifizierung gesprochen werden. Erstere Begrifflichkeit suggeriert die Umkehr sämtlicher materieller, also auch funktionseller Privatisierungsvorgänge. Die Republifizierung soll im hier zugrunde gelegten Verständnis vor allem die Rückgängigmachung von Organisationsprivatisierungen fokussieren, also die Abkehr der Wahrnehmung von Aufgaben in Kapitalgesellschaftsform. Mithin werden unter diesen Begriff insbesondere Vorgänge der Umwandlung, d.h. die Überführung von Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften in eine öffentlich-rechtliche Organisationsform, gefasst.

## **II. Gründe (Re-)Publifizierungen**

Das Auslaufen zahlreicher in den 1990er Jahren geschlossener PPP- und Konzessionsverträge (mit einer Laufzeit von 20-30 Jahren)<sup>1139</sup> sowie die durch die Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 gewonnene Erkenntnis, dass privatwirtschaftliche Mechanismen versagen können<sup>1140</sup>, zwingen zu einem Überdenken der Erledigung öffentlicher Aufgaben in den bisherigen Rechts- und Organisationsformen. Privatisierungen haben die in sie gesetzten Hoffnungen der qualitativ besseren und kosteneinsparenderen Aufgabenerledigung mitunter enttäuscht<sup>1141</sup>. Allerdings können Effizienzvergleiche nicht pauschaliert angestellt werden. Jedes Unternehmen muss im Zusammenhang mit den jeweiligen regionalen und demografischen Besonderheiten betrachtet werden. In die Überlegungen sind zahlreiche Faktoren einzubeziehen wie Arbeitsplatzbeschaffung, Umwelt- und Verbraucherschutz, Beschaffungsmöglichkeiten finanzieller Mittel, Bürgerzufriedenheit<sup>1142</sup>, Nachhaltigkeit und Kontinuität der Aufgabenerfü-

---

<sup>1137</sup> Bauer, in: *Bauer/Büchner/Hajasch*: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 11 Fn. 1.

<sup>1138</sup> *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110.

<sup>1139</sup> *Richter/Brahms*, KommJur 2014, 6; *Bauer*, in: *Bauer/Büchner/Hajasch*, Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 19.

<sup>1140</sup> *Bauer*, in: *Bauer/Büchner/Hajasch* (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 23.

<sup>1141</sup> *Bauer*, in: *Bauer/Büchner/Hajasch* (Hrsg.), Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 7; vgl. auch *Leisner-Egensperger*, ThürVBl. 2014, 81.

<sup>1142</sup> Thesenpapier „Chancen und Risiken der Rekommunalisierung“ des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalens, S. 2, abrufbar unter <http://www.kommunen-in-nrw.de/mitgliederbereich/download/aktion/download/datei/26973/ident/files.html?cHash=ad0470c3c1ab5a29b25bffb2b43d1689>, zuletzt aufgerufen am 10.02.2017 um 20:13 Uhr



lung<sup>1143</sup>. Effizienzsteigerungen sind jedenfalls weder bei der privat- noch öffentlich-rechtlichen Organisationsform zwingend zu erwarten oder auszuschließen, sondern von den Umständen des Einzelfalls sowie dem Grad der Selbständigkeit der jeweiligen Einrichtung abhängig.

Der Instabilität der Märkte kann nicht durch eine bestimmte Unternehmensform, d.h. auch nicht durch ein Handeln in privatrechtlichem Rechtskleid, begegnet werden.

Die Verwirklichung von Ingerenzrechten ist in Privatrechtsformen im Vergleich zu öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen strukturell mit Defiziten behaftet. Diese können nur durch eine umfassende und Details regelnde Ausgestaltung der Gesellschaftsstatuten beseitigt werden. Eine fortdauernde, effektive Einflussnahme des Trägergemeinwesens ist bei der Wahl öffentlich-rechtlicher Rechtskleidern hingegen grundsätzlich gewährleistet<sup>1144</sup>, stehen doch der Kommunalaufsicht unmittelbare Einwirkungsmöglichkeiten zur Verfügung.

Bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen entfällt außerdem das Bedürfnis, dass sich die Gemeinde Rückholoptionen<sup>1145</sup> vorbehält, um der fortbestehenden Gewährleistungsverantwortung nachzukommen, da die Kommune Anstaltsträgerin ist und über Weisungsrechte und über die Gestaltung der Unternehmenssatzung Einfluss auf die Unternehmensführung behält.

### **III. Zulässigkeit der Republizierung**

Wie dargestellt, lassen sich dem Grundgesetz und den Landesverfassungen grundsätzlich keine Verbote von Privatisierungen kommunaler Unternehmen entnehmen<sup>1146</sup>. Untersuchungen zur Frage der Existenz verfassungsnormativ vermittelter Rekommunalisierungs- oder Republizierungsverbote sind bisher nicht profund angestrengt<sup>1147</sup>. Sie sind aber auch nicht aufgrund eines Gegenschlusses entbehrlich. Dass Privatisierungen in der Regel zulässig und von bloßen Ermessens- und Wirtschaftlichkeitseinschätzungen unter Berücksichtigung der konkreten regionalen Bedürfnisse und Besonderheiten zulässig sind, bedeutet nicht, dass die Kommune sich einer - in welcher Form auch immer - privatisierten Aufgabe ohne Weiteres wieder annehmen darf. Denn mit der Entscheidung für eine privatrechtsförmige Aufgabenerledigung hat die Kommune zumindest bei der funktionellen und materiellen Privatisierung eine Sach-

<sup>1143</sup> *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1112 und 1114).

<sup>1144</sup> *Mann*, NVwZ 1996, 557.

<sup>1145</sup> Vgl. *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1111).

<sup>1146</sup> Siehe Kapitel 4 A. III.

<sup>1147</sup> *Leisner-Egensperger*, NVwZ 2013, 1110 (1112). Vgl. exemplarisch *Sodan*, LKV 2013, 433 (439), der schlicht auf die rechtliche Zulässigkeit verweist, dass sich Kommunen privatisierter Aufgaben wieder annehmen dürfen.

materie in den Bereich „Gesellschaft“ entlassen – vorbehaltlich ihrer Reserveverantwortung bei Versagen der Märkte und/oder privater Schaffenskraft.

Gleichwohl sind den Verfassungen grundsätzlich keine „Zuteilungsnormen oder –gebote“ zu entnehmen<sup>1148</sup> ebenso wenig wie ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip zugunsten der Privatwirtschaft<sup>1149</sup>. Öffentliche und private Wirtschaft sind vielmehr – zumal das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral ist – grundsätzlich gleichwertig<sup>1150</sup>.

Nichtsdestoweniger bleibt es bei der Feststellung, dass die Aufnahme öffentlicher Wirtschaftstätigkeit grundsätzlich Art. 12 Abs. 1 GG tangiert und daher rechtfertigungsbedürftig ist. Hieraus ergibt sich keine per se Unzulässigkeit der Rekommunalisierung, sondern nur die Notwendigkeit, im Einzelfall zu überprüfen, ob ein legitimer, die kommunalwirtschaftliche Tätigkeit legitimierender Zweck vorhanden ist, der gegenüber der Berufsfreiheit als gewichtiger einzustufen ist. Aus den Grundrechten ergibt sich jedenfalls kein Verbot der Republikfizierung, also der Umwandlung eines in privatrechtlicher Rechtsform geführten Unternehmens (zurück) in ein öffentlich-rechtliches Rechtskleid. Dem Grundrechtsschutz wird durch die Zunahme von Ingerenzmöglichkeiten der Kommune Genüge getan. Diese kann ihr Unternehmen prinzipiell besser steuern, Zielabweichungen vermeiden und somit ihrer demokratischen Verantwortung und Rechenschaftspflicht unmittelbar nachkommen.

Aus der Allzuständigkeit der Gemeinden nach Art. 28 Abs. 2 GG und der nach demokratischen Prinzipien zu treffenden Entscheidung<sup>1151</sup> darüber, welche Aufgaben durch die Gemeinden wahrgenommen werden sollen, ergibt sich in der Regel keine Begrenzung der Überführung einer Aufgabenerledigung in die Regie der Kommune. Mit anderen Worten existieren im Bereich wirtschaftlichen Handelns der Gemeinde als Instrument zur Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben keine Privatisierungspflichten.

---

<sup>1148</sup> Eine Einschränkung besteht etwa nach Art. 143b GG, der einen Auftrag zur Organisationsprivatisierung der Bundespost vorsieht. Dieser Bereich interessiert aber für die hier betrachtete kommunalwirtschaftliche Betätigung nicht.

<sup>1149</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 25. Zur Begründung des Subsidiaritätsprinzips aus einer Zusammenschau verschiedener Verfassungsvorgaben (insbesondere Grundrechten, Vorschriften zum Bundes-Länder-Verhältnis, Rechtsstaatsprinzip, Art. 28 Abs. 2): *Grabbe*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 94 f. und *Hauser*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, S. 32.

<sup>1150</sup> *Altmeppen*, NJW 2003, 2561; *Raiser*, ZGR 1996, 458 (470). Zur naturrechtlichen Begründung des Subsidiaritätsprinzips, vgl. *Grabbe*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, S. 92 f.

<sup>1151</sup> *Hauser*, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, S. 33.

Die auf einfachgesetzlicher Ebene vorzufindende Subsidiaritätsklausel bedeutet ebenfalls kein Republizierungsverbot, sondern nur eine besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit. Sofern die Wahrnehmung einer Aufgabe der Kommune grundsätzlich überantwortet werden kann, existieren im einfachen Recht allenfalls Vorrangregelungen zugunsten der Privatwirtschaft, nicht jedoch Republizierungsverbote.

#### **IV. Gefahren der Republizierung?**

Bei allen Vorteilen, die eine öffentlich-rechtliche Organisationsform augenscheinlich bietet und daher gute Gründe für eine Gründung von Unternehmen in dieser Form sowie ggf. für eine Umwandlung in dieses Rechtskleid sprechen, ist zu explorieren, ob an eine (Re-)Publizierung nicht auch negative Folgen geknüpft sind.

##### **1. Aufstörung ausgeglichener Netzwerke**

Eine Republizierung kann dazu führen, dass das zurückzuführende Unternehmen aus einem Verbund von Gesellschaften (etwa aus einer übergeordneten Netzbetreibergesellschaft) ausscheidet und seine Leistungen<sup>1152</sup> nun nicht mehr zu denselben Konditionen anbieten kann. Dies kann im Ergebnis eine Kostensteigerung zur Folge haben<sup>1153</sup>. Diese haben dann die Bürger über erhöhte Entgelte zu tragen. Dies sind zwar keine Nachteile zulasten rechtsstaatlicher oder demokratischer Standards, wohl aber zulasten des Sozialstaatsprinzips in Form der sozialgerechten Gestaltung von Tarifen/Entgelten. Einen Ausweg aus dieser prekären Situation unter Verwendung öffentlich-rechtlicher Organisationsformen, wenn auch mit nicht unerheblichem Aufwand verbunden, böte die Gründung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt<sup>1154</sup>.

##### **2. Kaufpreisrisiko**

Ein nicht zu unterschätzendes Kaufpreisrisiko besteht beim „Rückwerb“ privatisierter Unternehmen. Als Ansatz zur Ermittlung des Kaufpreises wird oft der „Sachzeitwert“ des Unter-

---

<sup>1152</sup> Andersherum ist es aber auch denkbar, dass sich die Netzgesellschaft, aus der die betreffende Kommune nun ausscheidet aufgrund des Wegbrechens von Abnehmern sich niedrigeren Einnahmen und höheren Kosten konfrontiert sieht: Vgl. *Kunze*, in *Bauer/Büchner/Hajasch*: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 108.

<sup>1153</sup> Hierdurch entstehen außerdem Entflechtungskosten: *Scholle*, in: *Gernert/Konegen/Meyers*: Nachhaltige Kommunalpolitik, S. 106.

<sup>1154</sup> Dazu unten C. III.

nehmens als ausschlaggebende Bezugsgröße angesetzt<sup>1155</sup>, dieser kann aber vom Ertragswert bis zu 30% abweichen<sup>1156</sup>. Es drohen langwierige Gerichtsverfahren zur Ermittlung des „richtigen“ Kaufpreises<sup>1157</sup>. Die Kommune sollte daher prüfen, ob sie den Kaufpreis künftig mit Einnahmen des republizierten Unternehmens refinanzieren kann<sup>1158</sup>.

### **3. Politisierung der Aufgabenwahrnehmung**

Die in privatrechtlicher Hand geführten Unternehmen unterliegen keiner Rückanbindung an die im Gemeinderat nach politischen Kräfteverhältnissen gefassten Führungsentscheidungen<sup>1159</sup>. Es wird als nachteilig angesehen, dass Entscheidungen innerhalb der Kommune nach Parteienproporz gefällt werden, vor allem weil innerhalb eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgers das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip beachtet werden müssen, das Unternehmens nicht ausschließlich aus politisch motivierten, (erwerbs-)wirtschaftlichen Gründen geleitet werden darf. Dieser vermeintliche Nachteil ist indes eine Frage des Blickwinkels. Aus Sicht des Bürgers ist die Politisierung der Unternehmensführung tendenziell von Vorteil: Sozialpolitische Erwägungen bei der Ausgestaltung des Leistungsangebots und der Tarife und Entgelte führen zur Unabhängigkeit von den Unwägbarkeiten des Marktes, insbesondere von Angebot und Nachfrage. Leistungen werden vielmehr in der Regel sozial erträglich und kontinuierlich zu ähnlich gleichen Bedingungen angeboten. Man mag zwar einwenden, dass privatwirtschaftliche Unternehmen durch unternehmerisch freies Handeln wirtschaftlicher, möglicherweise kostengünstiger arbeiten und sich dies ebenfalls - positiv für den Bürger - auf die verlangten Entgelte auswirken kann, doch fallen hier Marktschwankungen stärker ins Gewicht als bei öffentlichen Unternehmen, für die die Gemeinde finanziell (grundsätzlich unbeschränkt) einzustehen hat. Höhere Herstellungs- und Beschaffungskosten können zugunsten des Bürgers abgefangen werden. In Kapitalgesellschaften besteht hingegen grundsätzlich nur eine beschränkte Einstandspflicht der öffentlichen Hand (begrenzt auf die zu leistende Einlage). Zudem werden in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen die beteiligten Privaten nicht zur Kapitalerhöhung bereit sein, um geltende Leistungspreise aufrecht zu erhalten.

---

<sup>1155</sup> Theobald, NJW 2000, 1389.

<sup>1156</sup> Kunze, in Bauer/Büchner/Hajasch: Rekommunalisierung öffentlicher Daseinsvorsorge, S. 106.

<sup>1157</sup> Scholle, in: Gernert/Konegen/Meyers: Nachhaltige Kommunalpolitik, S. 106.

<sup>1158</sup> Scholle, in: Gernert/Konegen/Meyers: Nachhaltige Kommunalpolitik, S. 106.

<sup>1159</sup> Vgl. auch Leisner-Egensperger, ThürVBl. 2014, 81 (84).

#### **4. Verdrängungswettbewerb**

Kommunale Wirtschaftstätigkeit im Allgemeinen birgt nicht unerhebliche Risiken für die Privatwirtschaft, tritt doch ein zusätzlicher Wettbewerber am Markt auf, der seine finanziellen wie insolvenzrechtlichen Risiken potentiell über Steuereinnahmen auffangen kann. Dies schreckt Private nicht nur von der Gründung von Unternehmen ab, fällt die Prognose, sich am Markt neben öffentlichen Unternehmen zu behaupten, doch eher negativ aus, sondern kann auch zur Betriebseinstellung führen. Die parallele Existenz von öffentlichen und privaten Unternehmen verschärft die Konkurrenzsituation, kann zur Unrentabilität privater Unternehmen führen. Gewissermaßen abfedern lässt sich das Problem über die einheitlich in den Kommunalordnungen niedergeschriebenen Subsidiaritätsklauseln, auch wenn sich in praxi über ihre – auch durch die Aufsicht – wirksame Durchsetzung streiten lässt. Ein sich speziell aus der Republizierung ergebendes Problem ist hingegen nicht gegeben. Ob nun die Kommune in privater oder öffentlich-rechtlicher Organisationsform tätig wird, führt nicht zwangsläufig dazu, dass sich der Konkurrenzdruck für den privaten Unternehmer verschärft. Freilich lassen sich aus der Wahl der Anstaltsform besondere Vorteile generieren, wie die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs. Doch führt dies nicht zwangsläufig zur Verdrängung von privaten Wettbewerbern vom Markt aufgrund von Ausnahmeregelungen, die sich in den Satzungen befinden, die den Anschluss- und Benutzungszwang regeln. Eine abschreckende Wirkung geht vornehmlich von der Existenz öffentlicher Unternehmen, wohl aber nicht von ihrer konkreten Organisationsform, aus.

#### **V. Gleichwertigkeit von Regie- oder Eigenbetrieb gegenüber privaten Organisationsformen?**

Die herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Strukturdirektiven<sup>1160</sup> sind in den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen prinzipiell gewahrt<sup>1161</sup>. Ihr Aufbau, ihre Willensbildung und ihr Verhältnis zu ihren Verwaltungsträgern bestimmen sich nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts<sup>1162</sup>. Diesem Rechtsregime unterworfen sind u.a. öffentliche Unternehmen in Form von Regie- oder Eigenbetrieb. Diese Rechtskleider sind – verglichen zur Anstalts- oder Kapitalgesellschaftsform – indes durch eine höhere Unselbständigkeit gekennzeichnet, verfü-

---

<sup>1160</sup> Siehe Kapitel 3 H. IV.

<sup>1161</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 148.

<sup>1162</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 97.

gen nicht über ähnlich freie Handlungs- und Entscheidungsspielräume. Die Vorbehaltsrechte des Verwaltungsträgers, der Kommune, sind recht stark, die Kompetenzen der Leitungsorgane relativ schwach ausgeprägt<sup>1163</sup>. Ihre Bestellung und Abberufung sind problemlos möglich<sup>1164</sup>, vor allem abhängig vom (politischen) Konsens im Gemeinderat. Die Interventionsmöglichkeiten der Kommune sind insgesamt sehr effektiv, was aus rechts-, sozialstaatlichen und demokratischen Gesichtspunkten erwünscht sein, sich aber auch nachteilig auf die Wirtschaftlichkeit wegen der Schwächung unternehmerischer Eigenverantwortlichkeit auswirken kann. Wirtschaftliches und damit ressourcensparendes Handeln bemisst sich potentiell nach Aufbau und Struktur des Unternehmens, Kompetenzbreite wie Beständigkeit der Organe. Werden in einem (öffentlich-rechtlichen) Unternehmen neben Geschäftsführungs- auch Aufsichtsorgane implementiert, wird der Gefahr der Machtfülle des Leitungsorgans begegnet. Dieses wird in seiner Tätigkeit überwacht, hat hierüber Rechenschaft abzulegen und strategische, finanzielle und sonstige unternehmensentscheidende Maßnahmen zu verantworten. Dies führt zwar zu einer Verlangsamung von Entscheidungsprozessen, beugt aber einem allzu leichtsinnigen Umgang mit Unternehmensmitteln bei Entscheidungen über zu tätigende Investitionen oder Umstrukturierungen (des Unternehmens als Ganzes oder von Produktionsprozessen) vor. In Ämtern, Eigen- oder Regiebetrieben finden sich keine Überwachungsorgane<sup>1165</sup>, die einem Aufsichtsrat einer AG oder GmbH mit ähnlichen Kompetenzen vergleichbar sind, sie sind Ausschüssen der Verwaltung ähnlicher<sup>1166</sup>. Doch bieten die in öffentlich-rechtlicher Form geführten Unternehmen den Vorteil, dass sie der vollen verwaltungsrechtlichen Aufsicht unterliegen, da sie in die Verwaltungshierarchie eingeordnet sind<sup>1167</sup>. Diese Aufsicht erfasst aber regelmäßig nur Rechtmäßigkeits- und weniger eine Aufgabenerfüllungskontrolle<sup>1168</sup>. Wenig belegt, angesichts der Arbeitsbelastung und der vergleichsweise geringen Sach- und Personalausstattungen der Kommunen indes nicht fern liegend, ist die Aussage, die exekutivische Kontrolle sei punktuell und unsystematisch<sup>1169</sup>. Jedenfalls wenn Rechtsverstöße oder grobe Zweckverfehlungen im Sinne der Schrankentrias offenbar werden, kann die Kommunalaufsicht intervenierend eingreifen und das Unternehmen in sichere Fahrwasser zurückführen.

<sup>1163</sup> Vgl. *Püttner*, Unternehmen, S. 224.

<sup>1164</sup> Vgl. *Püttner*, Unternehmen, S. 225.

<sup>1165</sup> Mit gewissen Aufsichtskompetenzen ausgestattet ist aber beispielsweise auch der Werkausschuss eines Eigenbetriebs, nur ist dieser gleichsam ein Aufsichtsorgan des Verwaltungsträgers wegen der eingeschränkten Selbständigkeit des Eigenbetriebs.

<sup>1166</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 229.

<sup>1167</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 227.

<sup>1168</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 227.

<sup>1169</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 227.

Im Folgenden sollen die hier angeführten öffentlich-rechtlichen Organisationsformen kurz in Aufbau und Struktur erklärt werden. Dies erscheint notwendig, um daran anschließend die Vorteile der Anstalt des öffentlichen Rechts herausheben zu können.

## 1. Regiebetrieb

Der Regiebetrieb ist unmittelbar Teil der Gemeindeverwaltung. Er verfügt weder über eine rechtliche noch über eine leitungs- oder haushaltsrechtliche Selbständigkeit<sup>1170</sup>. Über eigene Organe verfügt der Regiebetrieb nicht. Er ist mithin Amt der Gemeindeverwaltung. Er eignet sich daher vornehmlich nur für kleinere Organisationseinheiten, denen ein überschaubarer Aufgabenbereich zugeordnet ist<sup>1171</sup>. Aufgrund ihrer Unselbständigkeit und Integration in die allgemeine Kommunalverwaltung fehlt es oft an erforderlichlichem Fachwissen und sachlichen wie personellen Mitteln, um größere Betriebseinheiten einerseits laufend zu überwachen und andererseits um sie wirtschaftlich sinnvoll zu führen. Je größer ein Unternehmen und sein Aufgabenbereich sind, desto mehr Organe sollten bestehen, auf die sich Kompetenzen und Zuständigkeiten verteilen lassen. Einzelne Amtswalter sind nicht in der Lage, die Erfordernisse, die sich an das Unternehmen stellen, gerecht zu werden, sie überhaupt zu erkennen. An dieser Struktur lässt sich erkennen, dass diese Unternehmensform enger mit politischer Rückbindung an den Willen der Gemeinde denn durch unternehmerische Flexibilität gekennzeichnet ist.

Regiebetriebe sind keine Sondervermögen der Gemeinde, d.h. ihre Einnahmen fließen direkt in den Kommunalhaushalt, Ausgaben werden **unmittelbar** aus dem Haushalt der Trägerkörperschaft bestritten<sup>1172</sup>. Besondere Rechtsgrundlagen finden sich in den Gemeindeordnungen nicht, es gelten neben den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für kommunale Unternehmen die allgemein für die Kommunalverwaltung geltenden Regeln<sup>1173</sup>.

Als Wirtschaftlichkeitsfaktor ist außerdem zu untersuchen, inwiefern Regiebetriebe über die Möglichkeit der Finanzierung verfügen. Über eine eigene Kreditemächtigung verfügen sie zwar nicht, können sich aber über Entgelte finanzieren. Sie werden dann als „kostenrechnende

---

<sup>1170</sup> *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 24; *Altmeppen*, NJW 2003, 2561.

<sup>1171</sup> Bspw. der Betrieb eines städtischen Friedhofs oder Bauhofs.

<sup>1172</sup> BFH, DSStR 2008, 1040 (1041 f.); *Kronawitter*, KommJur 2008 Heft 11, 401 (403).

<sup>1173</sup> *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 26.

Einrichtungen“ oder „Gebührenhaushalte“ bezeichnet<sup>1174</sup>. Eine Refinanzierung über eine (auch nur kapitalmäßige) Beteiligung Dritter scheidet aus<sup>1175</sup>.

Damit zeigt sich, dass der Regiebetrieb zwar eng mit der Kommune verwoben ist, sie über ideale Steuerungsmöglichkeiten verfügt, seine Wirtschaftlichkeit aber von den Kompetenzen des jeweiligen Amtswalters/Referenten abhängig ist. Eine betriebswirtschaftliche Führung leidet, wenn dieser nicht über das notwendige Wissen verfügt. Mit den privatrechtlichen Organisationsformen ist der Regiebetrieb daher nicht vergleichbar, eignet sich aber als Unternehmensform für die Erledigung **wenig komplexer** Aufgaben.

## 2. Eigenbetrieb

Eigenbetriebe werden als Sondervermögen der Gemeinde geführt, d.h. sie werden getrennt vom allgemeinen Gemeindevermögen verwaltet, sind aber rechtlich unselbständig<sup>1176</sup>, was eine enge Bindung an Entscheidungen des Gemeinderats ermöglicht<sup>1177</sup>. Dieser verfügt also auch über die Verwendung des Sondervermögens<sup>1178</sup>, daher können auch

Gewinne des Eigenbetriebs durch Gemeinderatsbeschluss in den gemeindlichen Haushalt überführt<sup>1179</sup> und für andere, außerhalb des Unternehmens benötigte Zwecke verwendet werden. Das Sondervermögen betreffend gilt das Nettoprinzip, es wird im Haushalt nur mit dem Jahresgewinn bzw. –verlust ausgewiesen<sup>1180</sup>. Die Rechnungsführung erfolgt üblicherweise nach den Grundsätzen der kommunalen Doppik<sup>1181</sup>, die nicht nur Geldflüsse ausweist, sondern auch den Vorteil bietet, den Ressourcenverbrauch ablesen zu können<sup>1182</sup>. Außerdem können Abschreibungen und Rückstellungen im Gegensatz zur bisher üblichen Kameralistik erfasst werden<sup>1183</sup>. Über die Doppik lassen sich grundsätzlich bessere Steuerungseffekte erzielen, die eine wirtschaftlichere Unternehmensführung ermöglichen<sup>1184</sup>. Der Eigenbetrieb wird insofern als partiell verselbständigtes kommunales Unternehmen bezeichnet, kaufmännischen

---

<sup>1174</sup> § 11 GemHVO-Kameral SH; § 42 ThürGemHV-Doppik; *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 31.

<sup>1175</sup> *Kronawitter*, *KommJur* 2008 Heft 11, 401 (403).

<sup>1176</sup> Art. 88 Abs. 1 BayGO; § 114 Abs. 1 GO NRW; *Bauer/Büchner/Hajasch*: *Rekommunalsierung*, S. 69; *Kronawitter*, *KommJur* 2008 Heft 11, 401 (403).

<sup>1177</sup> *Schützenmeister*, *LKV* 1991, 213 (216).

<sup>1178</sup> *Schützenmeister*, *LKV* 1991, 213 (216).

<sup>1179</sup> BFH, BeckRS 2012, 94413.

<sup>1180</sup> *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, S. 105 mit weiteren Einzelheiten.

<sup>1181</sup> Vgl. etwa § 76 Abs. 3 S. 2, 3 ThürKO. Ziel ist die Implementierung des kaufmännischen Rechnungswesens auf kommunaler Ebene, *Toebe/Gaebel*, *LKV* 2014, 396.

<sup>1182</sup> *Kube*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114 Rn. 26; *Toebe/Gaebel*, *LKV* 2014, 396.

<sup>1183</sup> *Toebe/Gaebel*, *LKV* 2014, 396.

<sup>1184</sup> *Kube*, in: *Maunz/Dürig*: GG, Art. 114 Rn. 25.



Erwägungen kann daher zumindest teilweise Rechnung getragen werden<sup>1185</sup>. Konsequenz aus der Führung als Sondervermögen ist, dass am Anfang eines Wirtschaftsjahres ein Wirtschaftsplan zu erstellen ist<sup>1186</sup>.

Ob der Ansicht gefolgt werden kann, dass wegen dieser strukturellen Teilselbstständigkeit das Erfordernis des Gesetzesvorbehalts<sup>1187</sup> nicht ausgelöst wird<sup>1188</sup>, kann dahinstehen. Die Eigenbetriebsordnungen/-gesetze der Länder sind schon deshalb erforderlich, weil sie besondere Regelungen für diese Unternehmensform schaffen, die z.T. erheblich von der allgemeinen Konzeption kommunaler Unternehmen abweichen<sup>1189</sup>. Umgesetzt werden die mehr oder weniger durch die Gemeindeordnungen oder Eigenbetriebsgesetze gewährten Spielräume<sup>1190</sup> in der Betriebssatzung als Unternehmensgrundlage<sup>1191</sup>. In einigen Kommunalordnungen ist die Wahl der Eigenbetriebsform beschränkt auf sogenannte wirtschaftliche Einrichtungen<sup>1192</sup>.

Organe des Eigenbetriebs sind der Werksausschuss und die Werkleitung. Aber auch der Gemeinderat und der Bürgermeister<sup>1193</sup> verfügen über Kompetenzen zur Unternehmensleitung, gleichwohl wird der Werkleitung ein relativ<sup>1194</sup> großes Maß an Eigenverantwortung gewährt<sup>1195</sup>.

Der Gemeinderat beschließt über Unternehmensziele und Betriebssatzung, trifft außerdem die Grundentscheidungen<sup>1196</sup>. Die Werkleitung<sup>1197</sup> ist zuständig für die laufende Betriebsführung<sup>1198</sup> und die Außenvertretung des Unternehmens. Außerdem besteht eine Bindung an Beschlüsse des Gemeinderats und an Weisungen des Bürgermeisters<sup>1199</sup>. Die Kompetenzen der Werkleitung könne über die Satzung ausgebaut und eingeschränkt werden. Dem Werksausschuss obliegt die Überwachung der Werkleitung, welche diesem gegenüber unterrichtungspflichtig und u.a. zur Vorlage der Entwürfe des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses

<sup>1185</sup> *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 33.

<sup>1186</sup> *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, S. 105.

<sup>1187</sup> Siehe Kapitel 3 D. IV. 2.; vgl. auch *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 23 Rn. 51.

<sup>1188</sup> *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 35.

<sup>1189</sup> So auch *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 35.

<sup>1190</sup> auch *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 37.

<sup>1191</sup> Teilweise mit bestimmtem vorgezeichneten Inhalt, vgl. 9 Abs. 2 EigVO NRW; § 6 EigVO SH; § 5 Abs. 2 ThürEBV.

<sup>1192</sup> *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 39.

<sup>1193</sup> § 4 Abs. 1 S. 1 und § 10 Abs. 3 EigBG BW; vgl. auch § 6 Abs. 1 S. 2 EigVO SL.

<sup>1194</sup> Je nach landesrechtlicher Ausgestaltung.

<sup>1195</sup> *Hellermann*, in: *H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen*, § 7 Rn. 50.

<sup>1196</sup> *Mann*, *Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft*, S. 104.

<sup>1197</sup> In einigen Bundesländern ist vorgesehen, dass der Hauptverwaltungsbeamte die Aufgaben der Werkleitung selbst wahrnehmen kann: § 4 Abs. 3 S. 2 EigV BRB; § 6 Abs. 2 S. 2 und 1 1. HS EigVO SL. Ausdrücklich ausgeschlossen ist dies aber etwa in § 4 Abs. 4 S. 1 EigAnVO Rh.-Pf.

<sup>1198</sup> Siehe nur § 6 Abs. 1 S. 2 1. HS. EigVO SL.

<sup>1199</sup> Siehe nur § 4 Abs. 1 S. 1 EigAnVO Rh.-Pf.

verpflichtet ist<sup>1200</sup>. Dieser Ausschuss fungiert als Mittler zwischen der unmittelbaren Kommunalpolitik und der Führung des Unternehmens<sup>1201</sup>.

Eigenbetriebsähnliche Einrichtungen sind solche, bei denen die entsprechende Anwendung des Eigenbetriebsrechts angeordnet ist<sup>1202</sup> mit der Folge, dass in diesen Unternehmensformen auch die spezifische eigenbetriebsrechtliche Haushaltsselbständigkeit fruchtbar gemacht wird<sup>1203</sup>.

Die Aufsicht über die Eigenbetriebe ist vielschichtig. Zum einen wird diese Funktion gegenüber der Werkleitung vom Werkausschuss wahrgenommen. Zum anderen gelten auch die allgemeinen kommunalaufsichtsrechtlichen Grundsätze und die Aufsicht durch den Bürgermeister<sup>1204</sup>. Die Prüfung des Jahresabschlusses vollzieht sich bundeslandspezifisch. Teils übernehmen die Gemeindeprüfungsämter (örtliche Rechnungsprüfung), teils der Gemeinderat, der Rechnungsprüfungsausschuss oder die Abschlussprüfungsinstanzen nach § 319 Abs. 1 HGB die erforderliche, nach ihrer Intensität aber landesabhängig abgeschichtete Prüfung<sup>1205</sup>.

Die Eigenbetriebsform kann auch gewählt werden, um mehrere organisatorisch selbständige Unternehmen in einem Querverbund zusammenzuführen<sup>1206</sup>.

Nachteilig an der Wahl der Organisationsform des Eigenbetriebs ist, dass die Kommune (vermögensmäßig) **unbeschränkt haftet**<sup>1207</sup>.

In der Praxis ist die Zahl der Eigenbetriebe rückläufig. Beklagt werden ihre Bürgerferne, Bürokratielastigkeit und ihre hohen Betriebskosten<sup>1208</sup>. Außerdem wird die Kommune als Trägerin unmittelbar verpflichtet und haftbar gemacht<sup>1209</sup>.

Für kleinere Unternehmen eignet sich freilich die Eigenbetriebsform<sup>1210</sup>. Hier sind in der Regel auch die Haftungsrisiken überschaubar. Eine ausgebaute Unternehmensstruktur ist nicht

---

<sup>1200</sup> § 6 Abs. 1 S. 3 EigV SL; § 4 Abs. 2 S. 1 und 2 EigAnVO Rh.-Pf.

<sup>1201</sup> Vgl. auch Mann, Die öffentlich-rechtliche Unternehmen, S. 122.

<sup>1202</sup> § 107 Abs. 2 S. 2 GO NRW.

<sup>1203</sup> Sie kann aber auch so weit reichen, dass die Organisationsstruktur der Eigenbetriebe zu übernehmen ist: Hellermann, in: H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen, § 7 Rn. 44.

<sup>1204</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 131.

<sup>1205</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 131.

<sup>1206</sup> Hellermann, in: H/U/R: Handbuch kommunale Unternehmen, § 7 Rn. 45.

<sup>1207</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 104.

<sup>1208</sup> Reichard, in: Bauer/Büchner/Brosius-Gersdorf: Verwaltungskooperation, S 70.

<sup>1209</sup> Altmeyden, NJW 2003, 2561.

<sup>1210</sup> Mann, NVwZ 1996, 557 (558).

erforderlich, d.h. eine enge Verflechtung mit kommunalen Vertretern schadet nicht, kann sich aber auf Kosten der Wirtschaftlichkeit auswirken. Die Unternehmensform des Eigenbetriebs wird daher vornehmlich dann gewählt, wenn es um die Erbringung wichtiger, aber umfangmäßig überschaubare Daseinsvorsorgeaufgaben geht.

### **3. (Un-)Gleichwertigkeitsurteil**

Eigen- und Regiebetrieb sind schon wegen ihrer rechtlichen Unselbständigkeit nicht mit privaten Organisationsformen vergleichbar. Die fehlende Autonomie und die dadurch bedingte enge Einbindung in kommunale Entscheidungsprozesse gewährleistet hingegen, dass rechts-, sozial- und demokratiestaatliche Prinzipien berücksichtigt und durchgesetzt werden können – auch ohne eine umfangreiche Unternehmenssatzung oder Bücher füllende begleitende Vertragswerke. Das Gebot der Wirtschaftlichkeit kann hingegen leiden, beim Regiebetrieb noch mehr als beim Eigenbetrieb. Freilich hängt die wirtschaftliche Führung eines Unternehmens auch immer von den Kompetenzen der Amtswalter und Leitungsorgane ab.

Aus Sicht des Bürgers und des privaten Konkurrenten erscheinen diese öffentlich-rechtlichen Organisationsformen vorteilhafter zu sein. Etwaige Ansprüche können im Klagewege leichter durchgesetzt werden als bei privaten Organisationsformen. Gleichwertig sind diese Rechtskleider jedenfalls nicht. Die Wahl hat sich an der Unternehmensgröße zu orientieren und daran, ob betriebswirtschaftliches Handeln und relativ freie Handhabe des Leitungsorgans erforderlich sind.

### **B. Die Anstalten des öffentlichen Rechts – Alleskönner oder Lückenbüßer?**

In Anbetracht dessen, dass Kapitalgesellschaften derzeit nicht als Organisationsform für öffentliche Unternehmen in Betracht kommen, könnte der Eindruck entstehen, die Anstalten stellten nur Trostpflaster dar, derer sich die Kommunen bedienen müssen, wenn sie selbständige Einrichtungen schaffen wollen, um die Gemeindewirtschaft zu entlasten. Dass dem nicht so ist, zeigt sich anhand der im Folgenden dargestellten Vorteile und Organisationsstruktur der Anstalt. Im Ergebnis lässt sich die Feststellung bestätigen, dass AöR insbesondere **den GmbH vergleichbar** sind, wobei sich Steuerungsdefizite privater Rechtskleider vermeiden

und mit unternehmerischer Flexibilität verbinden lassen<sup>1211</sup>.

## **I. Allgemeine Vorteile der Anstaltsform**

Ein Rückgriff auf das Rechtskleid der Anstalt bietet sich vor allem bei Kreisgebietsreformen an. Wenn etwa durch die Zusammenlegung mehrerer Gemeinden ein vormals aus diesen Gemeinden bestehender **Zweckverband aufgelöst** ist, weil er dann nur noch aus einem Mitglied besteht<sup>1212</sup>, jedoch eine öffentlich-rechtliche und dem Zweckverband wegen der rechtlichen und organisatorischen Selbständigkeit ähnliche Struktur aufrecht erhalten bleiben soll, erscheint die Anstalt besonders attraktiv.

Die Rechtsform der Anstalt kommt v.a. auch dann in Betracht, wenn eine vollständige Aufgabenübertragung anvisiert wird. Bei Selbstverwaltungsaufgaben wie der Abfallentsorgung verbleiben Kompetenzen und Teilaufgaben in bestimmtem Umfang bei den Gemeinden, wenn eine GmbH und AG mit der Wahrnehmung betraut werden soll. Diese handeln dann lediglich wie beauftragte Dritte. Die Gemeinde bleibt Entsorgungsträger.

Positiv hervorgehoben wird gegenüber den Kapitalgesellschaftsformen ferner, dass der AöR selbst die Befugnis übertragen werden kann, Abgaben zu erheben, dass zu ihren Gunsten ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet werden kann<sup>1213</sup>. Die Befugnis, Satzungen zu erlassen, besteht nur soweit, wie sie auch der Gemeinde zur Verfügung steht<sup>1214</sup>. Die Steuerung von Unternehmen in Anstaltsform ist grundsätzlich besser, können doch grundlegende Entscheidungen mit gemeindlichen Zustimmungsvorbehalten versehen werden – es steht mithin nicht nur das Instrument der Weisung zur Verfügung, bei welcher die Außenwirksamkeit einer Maßnahme auch bei Missachtung nicht beeinträchtigt wird<sup>1215</sup>. Handlungen, die ohne Einholung der erforderlichen Zustimmung durchgeführt werden, sind unwirksam.

---

<sup>1211</sup> Vgl. niedersächsische LT-Drs. 14/3720 S. 5 ff und *Leisner-Egensperger*, ThürVBl. 2014, 81 (82).

<sup>1212</sup> Siehe bspw. Art. 46 Abs. 3 S. 2 KommZG; § 33 Abs. 2 S. 2 GKGBbg; § 40 Abs. 3 S. 2 ThürKGG. In Sachsen-Anhalt ist in diesem Falle eine Auflösung nur nach Maßgabe der jeweiligen Verbandssatzung vorgesehen, vgl. § 14 GKG LSA.

<sup>1213</sup> *Mann*, NVwZ 1996, 557.

<sup>1214</sup> Niedersächsische LT-Drs. 14/4097 S. 3.

<sup>1215</sup> Niedersächsische LT-Drs. 14/4097 S. 4.

Ferner ist die demokratische Legitimation der Entscheidungsträger auch bei der Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern durch Beschäftigte der Einrichtung wegen § 110 NPersVG gewahrt, denn die Wahl bedarf in der Regel einer Bestätigung durch den Rat<sup>1216</sup>.

## **II. Rechtliche Ausgestaltung der Anstalt**

Mit Ausnahme von Sachsen<sup>1217</sup> sehen alle Bundesländer vor, dass kommunale Unternehmen auch in der Rechtsform der Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet bzw. betrieben werden können, auch im Verbund mehrerer Gemeinden (sog. gemeinsame kommunale Anstalt). Die Kommunal- bzw. Anstaltsgesetze geben den groben Rahmen, Struktur und Aufbau vor, gewähren aber genug Spielraum für die Ausgestaltung im Einzelnen durch die jeweilige Anstaltssatzung<sup>1218</sup>.

Organe der Anstalt sind der Verwaltungsrat und der Vorstand. Gegenüber dem Verwaltungsrat besteht ein Weisungsrecht des Gemeinderats<sup>1219</sup>. Der Bürgermeister ist in der Regel Mitglied dieses Überwachungsorgans. Die Einbindung von Hauptverwaltungsbeamten und Gemeinderat zeigt die Verwebung von kommunalpolitischer Einflussnahme und unternehmerischer Freiheit, welche in der Eigenverantwortlichkeit<sup>1220</sup> und Selbständigkeit des Anstaltsvorstandes zum Ausdruck kommt.

Die Größe von Vorstand und Verwaltungsrat sind in einigen Gemeindeordnungen bzw. Anstaltsgesetzen nicht geregelt<sup>1221</sup>. Fraglich ist, ob es hier eine Mindest- oder Maximalgröße gibt oder ob diese nur durch Zweckmäßigkeitserwägungen begrenzt wird. Dass – anders als etwa den Aufsichtsrat einer AG betreffend – die Anzahl der Organmitglieder nicht festgelegt wird, bietet freilich den Vorteil erhöhter Flexibilität<sup>1222</sup>. Die entsprechende Ausgestaltung ist mithin den Gemeinden in ihrer Eigenverantwortung überlassen und ermöglicht eine Anpassung an die konkreten Bedürfnisse und Bedingungen, denen sich das Unternehmen gegenüber sieht. Von einer allzu großen Anzahl an Mitgliedern sollte gleichwohl abgesehen werden, da die Entscheidungsfindung sich innerhalb des Unternehmens sonst erheblich erschwert.

---

<sup>1216</sup> Niedersächsische LT-Drs. 14/4097 S. 5.

<sup>1217</sup> Mittlerweile hat auch Baden-Württemberg die kommunale Anstalt eingeführt, siehe § 102a KO BW.

<sup>1218</sup> Siehe nur § 76a Abs. 4 ThürKO.

<sup>1219</sup> Siehe nur § 76b Abs. 2 S. 5 ThürKO.

<sup>1220</sup> § 76b Abs. 1 ThürKO.

<sup>1221</sup> Wie etwa in Thüringen, vgl. § 76b ThürKO.

<sup>1222</sup> Mann, NVwZ 1996, 557 (558).

Im Folgenden sollen die Details der Anstaltsverfassung exemplarisch an den Rechtsvorschriften Thüringens dargestellt werden<sup>1223</sup>. Soweit erforderlich und soweit sich Abweichungen oder Ergänzungen in anderen Kommunalverfassungen finden, wird an entsprechender Stelle darauf verwiesen. Außerdem wird spezifisch auf die Vor- und Nachteile der Anstalten verglichen mit den Kapitalgesellschaftsformen eingegangen.

## 1. Firma

Der Name des Unternehmens muss nach § 1 Abs. 4 ThürAVO die Bezeichnung „Kommunale Anstalt des öffentlichen Rechts“ aufweisen. Durch Betreiben eines Handelsgewerbes<sup>1224</sup> wird eine Anstalt des öffentlichen Rechts zum **Kaufmann** im Sinne des § 1 HGB<sup>1225</sup>.

Auch wenn sie öffentliche Aufgaben wahrnimmt, so kann sie doch auch Gewinnerzielungsabsicht<sup>1226</sup> aufweisen. Nach den allgemeinen Vorschriften der Gemeindeordnungen ist eine Gewinnmitnahme möglich bzw. eine Erwirtschaftung von Gewinnen sogar erwünscht<sup>1227</sup>.

Da demnach die Vorschriften des HGB grundsätzlich auch für Anstalten Geltung beanspruchen können, sind die firmenrechtlichen Grundsätze der §§ 17 ff. HGB auf sie anwendbar. Bei der Namensgebung ist daher insbesondere das Prinzip der Firmenwahrheit zu beachten, d.h. eine Irreführung des Publikums zu vermeiden<sup>1228</sup>. Ferner muss die Firma Unterscheidungskraft aufweisen<sup>1229</sup>.

## 2. Organe

Der Gesetzgeber strukturierte die Anstalt nach dem Vorbild der Aktiengesellschaft<sup>1230</sup>. Daher verfügt die Anstalt über ein Leitungs- und ein Aufsichtsorgan. In öffentlichen Kreditinstituten existiert zusätzlich ein drittes Organ, nämlich das Gremium der Anteilseigner, zuweilen auch Gewährträger-/Anstaltsträger-/Haupt-/Gesellschafterversammlung genannt<sup>1231</sup>. Im Rundfunk-

---

<sup>1223</sup> Die §§ 76a ff. ThürKO sind durch die Thüringer Verordnung über die kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts – ThürAVO – v. 28.04.2016, veröffentlicht im Thüringer Gesetz- und Verordnungsblatt 5/2016, 196 ff., ergänzt worden.

<sup>1224</sup> Zum Begriff des Gewerbes: *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*: § 1 Rn. 12.

<sup>1225</sup> Vgl. *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*: § 1 Rn. 27; *Holz/Kürten/Grabolle*, KommJur 2014, 281 (282).

<sup>1226</sup> Wobei fraglich ist, ob dies überhaupt ein konstitutives Merkmal des Gewerbebegriffs ist. Näher dazu *Körber*, in: *Oetker*: § 1 Rn. 28 f.

<sup>1227</sup> Vgl. § 75 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1228</sup> *Heidinger*, in: MüKo HGB: Vorbemerkung zu § 17 Rn. 18.

<sup>1229</sup> *Heidinger*, in: MüKo HGB: Vorbemerkung zu § 17 Rn. 20 ff.

<sup>1230</sup> *Kronawitter*, KommJur 2008, 401 (405); *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 111.

<sup>1231</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 112.

bereich werden in der Regel auch sogenannte Beiräte, also Gremien mit beratender Funktion eingerichtet<sup>1232</sup>. Auch im kommunalen Bereich erscheinen diese nicht unzulässig. In Thüringen besteht zumindest keine Regelung, die das verbietet. § 94 Abs. 2 S. 3 BbgKVerf lässt sich die grundsätzliche Zulässigkeit weiterer Organe, zur Einwohnerbeteiligung, entnehmen.

### **a. Vorstand**

Der Vorstand vertritt die Anstalt nach außen<sup>1233</sup>.

Nach § 76b Abs. 1 S. 1 ThürKO leitet der Vorstand die Anstalt in eigener Verantwortung. Anders als im Aktienrecht wird nicht zwischen Leitungs- und Geschäftsführungsbefugnis unterschieden, weshalb davon auszugehen ist, dass „Leitung“ im Sinne des Anstaltsrechts alle rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handlungen erfasst, die zur Führung eines Unternehmens erforderlich sind. Die Leitungskompetenz ist dabei weiter gefasst als die des Betriebsleiters eines Eigenbetriebs, jedoch ist der konkrete Umfang der zugewiesenen Kompetenzen der Ausgestaltung durch die Anstaltssatzung überantwortet<sup>1234</sup>. Aber auch im Vergleich zum Geschäftsführer einer GmbH befindet sich der Vorstand in einer unabhängigeren Position, da ersterer grundsätzlich die Weisungen der Gesellschafter auszuführen hat<sup>1235</sup>. Die Unabhängigkeit des Vorstandes birgt indes auch die Gefahr der **Abweichung** von den Vorstellungen der Kommune über die strategische Leitung des Unternehmens. Der Anstaltsträger hält sich aus den Angelegenheiten des Tagesgeschäfts heraus, der Vorstand genießt in der Regel das Vertrauen der Gemeindeleitung. Dies stellt indessen ein maßgebliches Motiv für die Wahl der Anstaltsform dar. Eine weitgehende Einflussnahme des Gemeinderats würde die selbständige Arbeit der Anstalt lähmen und damit den Vorteil der Schaffung eines selbständigen Rechtssubjektes wieder aufheben. In der Praxis wird sich der Vorstand nicht grundsätzlich von den Zielvorstellungen des Anstaltsträgers entfernen, um seine erneute Bestellung nicht aufs Spiel zu setzen.

Der Vorstand wird vom Verwaltungsrat auf die Dauer von 5 Jahren bestellt<sup>1236</sup>. Problematisch ist, dass sich Regelungen zur Abberufung des Vorstandes aus wichtigem Grund nicht finden

---

<sup>1232</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 112.

<sup>1233</sup> § 76b Abs. 1 S. 2 ThürKO. Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, sind diese nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt, sofern nicht die Unternehmenssatzung ein anderes bestimmt: § 3 Abs. 3 ThürAVO.

<sup>1234</sup> Holz/Kürten/Grabolle, KommJur 2014, 281 (283).

<sup>1235</sup> Kronawitter, KommJur 2008 Heft 11, 401 (405).

<sup>1236</sup> § 76b Abs. 2 S. 2 ThürKO.

lassen – für Verwaltungsratsmitglieder ist dies hingegen geregelt<sup>1237</sup>. Gewohnheitsrechtlich ist jedoch anerkannt, dass eine Abberufung aus wichtigem Grund jederzeit möglich ist. Normen aus anderen Rechtsgebieten, die eine öffentlich-rechtliche Einrichtung anstaltsrechtlich strukturieren, kennen diese Möglichkeit<sup>1238</sup>. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG sieht dieses Abberufungsrecht des Überwachungsorgans ebenfalls vor<sup>1239</sup>. Als **actus contrarius** zur Bestellung obliegt dem Verwaltungsrat die Abberufung.

Die **Zahl der Vorstandsmitglieder** ist weder in der Kommunalordnung noch in der Anstaltsverordnung<sup>1240</sup> geregelt. Entnehmen lässt sich den jeweiligen Vorschriften nur, dass der Vorstand auch aus mehreren Personen bestehen kann<sup>1241</sup>. Eine Höchstzahl der Mitglieder ist nicht festgelegt.

Die den Vorstand betreffenden Vorschriften sind an aktienrechtlichen Regelungen orientiert<sup>1242</sup>, auch wenn hinsichtlich der Ausfüllung der Regelungslücken zunächst fraglich erscheint, ob die Voraussetzungen einer Analogie überhaupt gegeben sind: Planwidrige Normunvollständigkeiten lassen sich grundsätzlich nur innerhalb von Regelungssystemen überwinden, die von ein und demselben Normgeber geschaffen wurden<sup>1243</sup>. Eine Analogie aus bundesrechtlich geschaffenem Aktienrecht zur Auffüllung von Lücken im landesrechtlich kreierte kommunalen bzw. Anstaltsrecht bedürfte eines zusätzlichen Begründungsaufwandes, um zu einer Vergleichbarkeit zwischen den ausdrücklich geregelten mit den unbewusst nicht geregelten Sachverhalten zu gelangen. Auszuschließen ist dies hinsichtlich der Anstaltsregelungen jedoch nicht, wenn man davon ausgeht, dass sich der Landesgesetzgeber an bundesrechtlichen Normen orientierte und sich diese zu eigen gemacht hat, sie also seinem Regelungskonzept zugrunde legte.

Was die Anzahl der Vorstandsmitglieder betrifft, bestimmt § 76 Abs. 2 AktG, dass der Vorstand aus einer oder mehreren Personen bestehen kann. Jedoch sind mindestens zwei Personen zu bestellen, wenn die Gesellschaft über ein Grundkapital von mehr als 3 Millionen Euro

---

<sup>1237</sup> § 76b Abs. 3 S. 6 ThürKO.

<sup>1238</sup> Bsp.: Art. 7 Abs. 3 S. 1 des Gesetzes zur Neuordnung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Versicherungsanstalten des Freistaates Bayern, GVBl. S. 603.

<sup>1239</sup> So auch *Kronawitter*, KommJur 2008, 401 (406).

<sup>1240</sup> Vgl. § 3 ThürAVO.

<sup>1241</sup> § 76b Abs. 1, 2 ThürKO, § 3 Abs. 2, 3 ThürAVO.

<sup>1242</sup> *Holz/Kürten/Grabolle*, KommJur 2014, 281 (283); *Kronawitter*, KommJur 2008, 401 (405); *Mann*, NVwZ 1996, 557 (558).

<sup>1243</sup> Vgl. *Pestalozza*, NVwZ 1993, 340 (341).



verfügt<sup>1244</sup>. Diese Mindestvorgabe gilt indes dann nicht, wenn die Satzung ausdrücklich bestimmt, dass der Vorstand nur aus einer Person bestehen soll. Selbst wenn man diese aktienrechtlichen Bestimmungen auf die Bestellung des Vorstandes einer Anstalt übertragen wollte, ist damit kein substantieller Gewinn an Erkenntnis verbunden, denn auch im Kapitalgesellschaftsrecht wird keine Aussage zur **Höchstzahl** des Vorstandes getroffen. Die Festlegung der Organgröße ist folglich der an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierten Entscheidung der Kommune überantwortet. Einfließen dürften bei der Einzelfallbetrachtung Überlegungen wie Unternehmensgröße, -gegenstand, Kapitalausstattung, Komplexität und Umfang der wahrzunehmenden Betriebsführungsaufgaben, Bedürfnis nach ressortmäßiger Aufteilung der Leitungsaufgaben u. Ä. Die Zahl der Organmitglieder sollte aber auch nicht zu groß sein, da sonst eine Lähmung der Handlungen des Vorstandes droht.

Der Vorstand hat das Aufsichtsorgan der Anstalt – den Verwaltungsrat – gemäß § 3 Abs. 2 ThürAVO über alle wichtigen Angelegenheiten unverzüglich zu unterrichten und ihm in allen Angelegenheiten auf Anforderung Auskunft zu geben<sup>1245</sup>. Auskunfts- und Informationspflichten gegenüber der Gemeinde sind einfachgesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet, sondern lassen sich auf eine explizite rechtliche Grundlage nur stützen, wenn diese in Form einer Satzungsregelung geschaffen wurden<sup>1246</sup>. Ein Informationsanspruch der Gemeinde ist unter demokratischen Gesichtspunkten zwingend erforderlich, da sie als Anstaltsträgerin nur so ihrer Kontrollpflicht nachkommen und auf Abweichungen von ihren Zielvorstellungen reagieren kann.

Bei ihrer Geschäftsführungstätigkeit haben die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden<sup>1247</sup>. Für Schäden haften die Vorstandsmitglieder entsprechend den Bestimmungen des jeweils geltenden Beamtengesetzes<sup>1248</sup>. Außerdem sind die Mitglieder im Außenverhältnis grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet<sup>1249</sup>.

---

<sup>1244</sup> § 76 Abs. 2 S. 1 AktG.

<sup>1245</sup> Vgl. auch § 5 Abs. 3 Nr. 5 ThürAVO.

<sup>1246</sup> § 5 Abs. 3 Nr. 4 ThürAVO. Näheres zur Herleitung eines Auskunftsanspruchs ohne Satzungsregelung siehe unten C. II. 9. b. aa.

<sup>1247</sup> Die Parallele zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG wird hier offenbar.

<sup>1248</sup> § 3 Abs. 1 S. 2 ThürAVO.

<sup>1249</sup> § 4 ThürAVO.

## **b. Verwaltungsrat**

Der Verwaltungsrat ist das Überwachungsorgan der Anstalt<sup>1250</sup>. Seine Aufgaben und Kompetenzen nach dem Anstaltsrecht sind ebenfalls aktienrechtlichen Bestimmungen entlehnt. Neben der Bestellung des Vorstandes obliegt dem Verwaltungsrat unter anderem der Erlass von Satzungen und Rechtsverordnungen, die Festsetzung von Tarifen und Entgelten für die Inanspruchnahme der von der Anstalt angebotenen Leistungen, die Entscheidung über Beteiligung an anderen Unternehmen oder die Feststellung von Jahresabschluss und Wirtschaftsplan<sup>1251</sup>. In den Kommunalordnungen, Anstaltsgesetzen und -verordnungen finden sich Regelungen über Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte des Gemeinderats<sup>1252</sup>.

Der Verwaltungsrat ist mitgliedschaftlich strukturiert, der Bürgermeister und weitere Mitglieder sind in ihm vertreten.

Das Problem demokratischer Legitimation der Verwaltungsratsmitglieder stellt sich trotz des Umstandes, dass die Zugehörigkeit zum Gemeinderat nicht zwingend vorgeschrieben ist, nicht. Seine Mitglieder werden nämlich vom Gemeinderat – als unmittelbar demokratisch legitimiertem Gemeindeorgan - gewählt<sup>1253</sup>. Ihre Stellung und Entscheidungen sind mithin über eine ununterbrochene Kette demokratischer Legitimation auf den Volkswillen zurückführbar. Dies gilt auch hinsichtlich derjenigen Mitglieder, die aufgrund der Personalvertretungsgesetze der Länder von den Beschäftigten des Unternehmens gewählt werden, da die Wahl für ihre Rechtsgültigkeit vom Rat bestätigt werden muss, dieser also ein Letztentscheidungsrecht besitzt<sup>1254</sup>. Die personelle Legitimation setzt sich bis zum Vorstand fort, der vom Verwaltungsrat bestellt wird, von diesem also seine Legitimation herleitet.

Demokratisch konstituiert werden die Organe der Anstalt aber auch schon sachlich-inhaltlich, da die AöR durch bzw. aufgrund Gesetzes eingerichtet wird<sup>1255</sup>. Im Übrigen wird die demokratische Legitimation durch das Weisungsrecht des Gemeinderats, also der Möglichkeit zur Influenzierung in sachlich-inhaltlicher Hinsicht, effektuert. Nicht zuletzt bildet die Anstalt schon aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Struktur und ihrer Einbindung in die Verwaltung

---

<sup>1250</sup> § 76b Abs. 2 S. 1 ThürKO.

<sup>1251</sup> § 76b Abs. 2 S. 3 ThürKO.

<sup>1252</sup> Vgl. nur § 76b Abs. 2 S. 4, 5 ThürKO; vgl. § 5 Abs. 3 Nr. 1, 2 ThürAVO.

<sup>1253</sup> § 2 Abs. 1 S. 1 ThürAVO.

<sup>1254</sup> Vgl. niedersächsische LT-Drs. 14/4097, S. 4.

<sup>1255</sup> Becker, DÖV 2004, 910.

die funktionell-institutionelle Legitimationsform ab<sup>1256</sup>. Somit ist die AöR gegenüber privaten Organisationsformen das Demokratieprinzip strukturell besser zu verwirklichen geeignet. Probleme ergeben sich erst dann, wenn – vornehmlich aus Finanzierungsgründen – Private an ihr **beteiligt** werden sollen. Darauf wird später eingegangen werden<sup>1257</sup>.

Die Zahl der Mitglieder ist – wie beim Vorstand – nicht vorgegeben, bemisst sich folglich ebenfalls nach Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten. Eine Orientierung an aktienrechtlichen Regelungen kann zur Lückenschließung sinnvoll sein, ist aber nicht vorgeschrieben. Wie beim Vorstand der Anstalt erläutert, sind Analogieschlüsse zulässig, wenn man annimmt, dass sich der Landesgesetzgeber die aktienrechtlichen Konzeptionen des Bundesgesetzgebers zu eigen machen wollte. Die Anzahl der Mitglieder sollte jedenfalls dann nicht mit der Anzahl der Gemeinderatsmitglieder korrespondieren, wenn sich der Verwaltungsrat neben dem Hauptverwaltungsamt ausschließlich aus Gemeinderatsmitgliedern konstituiert. Gemeinderatsmitglieder können zwar dem Verwaltungsrat angehören<sup>1258</sup>. Der Zustimmungsvorbehalt für bestimmte Entscheidungen des Verwaltungsrats ist als gemeindeinternes Kontrollinstrument aber nur dann sinnvoll, wenn das kontrollierende und das überwachte Organ nicht personenidentisch sind.

Für Beschlüsse und Beratungen gilt der Ausschluss wegen persönlicher Beteiligung nach den gleichen Grundsätzen wie für den Gemeinderat<sup>1259</sup>.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats können jederzeit aus wichtigem Grund vom Gemeinderat abberufen werden<sup>1260</sup>. Im Übrigen endet die Mitgliedschaft derjenigen Mitglieder, die zugleich Mitglieder des Gemeinderats sind, mit dem Ende ihrer Amtszeit<sup>1261</sup>.

### **c. Problem: Personalvertretung und Mitbestimmung**

Das Mitbestimmungs-, das Drittelbeteiligungs- und das Montan-Mitbestimmungsgesetz finden auf Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Organisationsform keine Anwendung<sup>1262</sup>.

---

<sup>1256</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 206.

<sup>1257</sup> Siehe unter C. II. 5.

<sup>1258</sup> Vgl. § 76b Abs. 3 S. 4 ThürKO.

<sup>1259</sup> § 76b Abs. 2 S. 7 i.V.m. § 38 ThürKO.

<sup>1260</sup> § 76b Abs. 3 S. 6 ThürKO.

<sup>1261</sup> § 76b Abs. 3 S. 4 ThürKO.

<sup>1262</sup> § 1 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 DrittelbG und § 1 Abs. 2 MontanMitbestG.

Die Einrichtung von Personalvertretungen folgt dem Sozialstaatsgedanken und der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten<sup>1263</sup>. Die Beschäftigten sollen vor allem Gelegenheit erhalten, an den Entscheidungen, die sie – zumindest auch – in persönlicher und sozialer Hinsicht betreffen, beteiligt zu werden. Sie sollen Gehör erhalten. Diese personelle Mitbestimmung, welche allein der Sicherung sozialer Standards dient, konfligiert nicht mit dem Demokratieprinzip. Denn die Beschäftigten wählen ihre Vertreter aus dem Teilvolk „Personal“, um die auch nur sie betreffenden Entscheidungen in ihrem Sinne zu influenzieren<sup>1264</sup>. Eine vom Gesamtvolk – oder zumindest für den Bereich der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung eine vom Gemeindevolk - abgeleitete demokratische Legitimation der Personalvertretung ist nicht erforderlich, da allein das Beschäftigtenverhältnis zum Dienstherrn ohne Außenbezug betroffen ist.

Eine direktive, d.h. eine Leitungsentscheidung betreffende Mitbestimmung der Beschäftigtenvertreter erscheint vor dem Legitimationspostulat problematisch. Da öffentliche Unternehmen Staatsgewalt ausüben, muss das Erfordernis der Erreichung eines bestimmten Legitimationsniveaus erfüllt sein. Vornehmlich verwirklicht sich dies über eine personell-demokratische Legitimation der Entscheidungsträger. Die Mitwirkung von Beschäftigtenvertretern, die allein von den Beschäftigten selbst gewählt worden sind, in den mit Entscheidungsgewalt ausgestatteten Unternehmensorganen lässt sich schwer mit vorgenannten Grundsätzen in Übereinstimmung bringen. Denn Personalvertretungen werden bei der direktiven Beteiligung in den organisatorischen Aufbau des Unternehmens eingebettet und wirken an der Willensbildung der jeweiligen Organe mit<sup>1265</sup>.

Die Integration der Beschäftigtenvertreter in die Entscheidungsfindung von öffentlichen Unternehmen erscheint grundsätzlich **interessengerecht** und nachvollziehbar, da diese von den Entscheidungen ebenfalls unmittelbar selbst betroffen werden können. Dies erkennt auch das BVerfG an und trägt dem über das von ihm entwickelte sogenannte Stufenmodell Rechnung<sup>1266</sup>. Dieses geht von folgender Prämisse aus: „Je weniger die zu treffende Entscheidung typischerweise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrages und je nachhaltiger sie

---

<sup>1263</sup> Ehlers, JZ 1987, 218 (220).

<sup>1264</sup> Ehlers, JZ 1987, 218 (220).

<sup>1265</sup> Ehlers, JZ 1987, 218 (219).

<sup>1266</sup> BVerfGE 93, 37 (70 ff.).

die Interessen der Beschäftigten berührt, desto weiter kann die Beteiligung der Personalvertretung reichen“<sup>1267</sup>.

Abzuschichten ist demnach zwischen verschiedenen Stufen der Intensität, mit der der jeweilige Amtsauftrag berührt wird. Je gravierender dieser betroffen ist, desto höher sind die Anforderungen an das Legitimationsniveau<sup>1268</sup>. Bei Maßnahmen, die schwerpunktmäßig allein das Beschäftigtenverhältnis betreffen, darf eine volle Mitbestimmung stattfinden, sofern eine normative, d.h. sachlich-inhaltlich legitimierte Vorstrukturierung der Entscheidung vorliegt. Entscheidungen, die hingegen den Amtsauftrag wesentlich betreffen, lassen eine Mitbestimmung für nahezu ausgeschlossen erscheinen (3. Stufe). Hier muss die Verantwortung demokratisch legitimer Amtswalter sichergestellt sein. Auf mittlerer Ebene genügt es nach Auffassung des BVerfG, dass das entscheidende Gremium aus einer Mehrheit legitimer Mitglieder besteht und die mit Mehrheit getroffene Entscheidung von einer Mehrheit legitimer Amtswalter getragen wird<sup>1269</sup>.

Dieses Stufenmodell stellt hohe Anforderungen an den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Personalvertretungsrechts auf. Dieser muss die Sachentscheidungskomplexe und die zulässigen Formen der Mitbestimmung exakt herausarbeiten. In Bereichen, die die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe betreffen, hat er dafür Sorge zu tragen, dass die Beschäftigten einen decisiven Einfluss nicht erhalten.

Im **Schrifttum** wird teilweise für ausreichend erachtet, wenn ein Übergewicht an demokratisch-legitimierten Vertretern in den Unternehmensorganen vorhanden ist, sofern Entscheidungen innerhalb des Organs nur mit einer Mehrheit getroffen werden können<sup>1270</sup>. Es komme hauptsächlich auf die demokratische Legitimation der Entscheidung selbst und nicht auf die der Entscheidungsträger an. Dies sei bei einer Unterzahl an Beschäftigtenvertretern der Fall, da sich die demokratisch legitimierte Mehrheit im Konfliktfalle durchsetzen könnte. Dies ermögliche die Einbeziehung pluraler Interessen und folge dem Ansatz eines offenen Demokratiekonzepts. Dieses Konfliktmodell in seiner Urgestalt angewendet bedeutet zwar nicht, dass eine gänzlich vom Willen demokratisch legitimer Amtswalter unabhängige Entscheidung getroffen würde<sup>1271</sup>, wohl aber existiert die Gefahr, dass ein Mehrheitsbeschluss herbeigeführt werden könnte, der sich aus einer Mehrheit von Stimmen nicht demokratisch legitimer

---

<sup>1267</sup> BVerfGE 93, 37 (70).

<sup>1268</sup> Einzelheiten finden sich bei *Battis/Kersten*, DÖV 1996, 584 ff.

<sup>1269</sup> Sog. Prinzip der doppelten Mehrheit.

<sup>1270</sup> *Battis/Kersten*, DÖV 1996, 584 (591).

<sup>1271</sup> Die vom BVerfG geforderte absolute Schranke für die Beteiligung von Beschäftigtenvertretern wäre also nicht überschritten: vgl. BVerfGE 93, 37 (70).

Mitglieder des Organs zusammensetzt. Das Modell ist daher um das Prinzip der doppelten Mehrheit entsprechend der 2. Ebene des vom BVerfG entwickelten Stufenmodells ergänzt worden. Kritisiert wird daran wiederum, dass hierdurch zwar keine Entscheidung gegen die Mehrheit demokratisch legitimierter Vertreter getroffen werden kann, sich die Beteiligung der Beschäftigten aber auf eine bloße Mitwirkung beschränkt, mithin weitestgehend inhaltsleer wird<sup>1272</sup>. Allein dann, wenn die Entscheidung die notwendige Mehrheit noch nicht erlangt hat, aber feststeht, dass sie jedenfalls aus einer Stimmenmehrheit von legitimierten Amtswaltern bestehen wird, haben die Stimmen der Beschäftigtenvertreter einen ausschlaggebenden Einfluss, denn ihre Stimme entscheidet dann über das Erreichen der Abstimmungsmehrheit. Diese Form der decisiven Mitbestimmung ist aber auf Maßnahmen der 2. Stufe nach dem Stufenmodell des BVerfG beschränkt.

Indes ist das Stufenmodell des BVerfG mit dem durch das Schrifttum vorgeschlagenen Modifikationen mit Rechtsunsicherheit behaftet. Nicht immer ist klar, wann der Kern der Aufgabenwahrnehmung betroffen ist oder wann es sich nur um reine Personalangelegenheiten handelt. Auch wenn man im Rahmen der Interpretation und Ausformung des Demokratieprinzips der Partizipation „Betroffener“ Bedeutung beimessen möchte, so darf die Perspektive der Bürger als Adressaten von Grundrechtseingriffen<sup>1273</sup> nicht außer Acht gelassen werden. Rechenschaftspflichtig gegenüber dem Parlament und dem Volk für die Ergreifung von Maßnahmen mit Grundrechtsrelevanz sind nicht die Beschäftigtenvertreter, sondern die Organe und Amtswalter, die ihr Mandat von einer auf den Volkswillen rückführbaren Wahl ableiten können müssen.

Insgesamt lässt sich das Problem (Bedürfnis nach Einbeziehung der Beschäftigten einerseits, Erfordernis der demokratischen Legitimation andererseits) entschärfen, wenn die Personalvertreter von einem demokratisch legitimierten Wahlorgan gewählt werden<sup>1274</sup>. Ein Vetorecht zugunsten eines Gremiums, welches aus demokratisch legitimierten Vertretern besteht, dürfte nicht ausreichend sein. Dieser Vorbehalt kann allenfalls Entscheidungen verhindern, nicht aber positiv herbeiführen. In die öffentliche Aufgabe wesentlich berührenden Bereichen ist eine unabhängige Entscheidungsfindung und –verantwortung der demokratisch legitimierten

---

<sup>1272</sup> *Battis/Kersten*, DÖV 1996, 584 (590).

<sup>1273</sup> Welche von der Anstalt über den Anschluss- und Benutzungszwang, Verwaltungsakten zu dessen Durchsetzung oder aufgrund der wirtschaftlichen Betätigung des Unternehmens ausgehen.

<sup>1274</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 148, 376.

Amtswalter dann nämlich nicht gewahrt. Von einer „Skalierung von Staatsgewalt“<sup>1275</sup> sollte daher abgesehen werden.

Eine Einbeziehung von Beschäftigten ließe sich aber indes nach dem Modell des § 110 NPersVG<sup>1276</sup> erreichen, indem die Mitglieder des Verwaltungsrats **durch Unternehmensbeschäftigte gewählt** werden, sofern die Gültigkeit dieser Wahl von der **Bestätigung** des Gemeinderates abhängig gemacht wird.

#### **d. Besetzung der Anstaltsgremien mit Privaten**

An der Integrierung Dritter kann ein besonderes Interesse bestehen, wenn deren Sachverstand und Marktkennntnis fruchtbar oder deren kapitalmäßige Beteiligung an AöR nutzbar gemacht werden soll.

Bedenken begegnet die Besetzung des Vorstandes oder des Verwaltungsrates<sup>1277</sup> mit außenstehenden Privatpersonen<sup>1278</sup>, weil – und soweit – die Anstalt Staatsgewalt ausübt und daher dem Demokratieprinzip unterworfen ist. Dem Erfordernis personeller demokratischer Legitimation wird durch eine Wahl der Mitglieder durch das Volk oder Volksvertretern genügt. Sofern Private entsprechend § 26 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VwVfG der Länder nur beratende Funktion haben, lediglich den für erforderlich gehaltenen Sachverstand vermitteln sollen, ohne dezisive Aufgaben wahrzunehmen, ist deren Involvierung unproblematisch<sup>1279</sup>. Nach § 26 Abs. 1 ThürVwVfG kann sich die Behörde zur Ermittlung des Sachverhalts nach ihrem Ermessen der für erforderlich gehaltenen Beweismitteln (insbesondere sachverständigen Verstandes zur Feststellung von äußeren und inneren Tatsachen, von allgemeinen Erfahrungssätzen, zur Klärung der Zulässigkeit bestimmter Schlussfolgerungen<sup>1280</sup>) bedienen. Mithin geht es um die Gewinnung des für die Entscheidung notwendigen Tatsachenmaterials, nicht aber um das Treffen der Entscheidung selbst. Dies bleibt der Behörde vorbehalten<sup>1281</sup>.

---

<sup>1275</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 241, der eine Abstufung nach dem Grad von Aufgaben, die auch einer Privatisierung unterliegen sollen, vornimmt.

<sup>1276</sup> Beachte den Verweis von § 145 Abs. 5 NKomVG.

<sup>1277</sup> Ggf. auch eines nach Landesrecht vorgesehenen Beirates.

<sup>1278</sup> Dies ist in Thüringen bisher nicht vorgesehen, soll aber dennoch einer Betrachtung unterzogen werden, um auf mögliche Fallstricke aufmerksam zu machen.

<sup>1279</sup> Vgl. BVerfGE 47, 253 (274).

<sup>1280</sup> Kallerhoff, in: S/B/S: VwVfG, § 26 Rn. 68.

<sup>1281</sup> vgl. BVerwG NVwZ-RR 2009, 977; Kallerhoff, in: S/B/S: VwVfG, § 24 Rn. 26 und § 26 Rn. 68.

Legitimationsbedürftig sind jedenfalls die Handlungen, die nach außen Rechtswirkung entfalten und nicht lediglich Vorschlagscharakter aufweisen<sup>1282</sup>. Sofern eingeschalteten Privatpersonen Mitwirkungsmöglichkeiten etwa über die Bildung gemischter Kollegialorgane eingeräumt werden, müsste unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG überprüft werden, ob den Erfordernissen des Prinzips der doppelten Mehrheit Genüge getan wird. Von einer „Skalierung von Staatsgewalt“<sup>1283</sup>, d.h. von einer gestuften Involvierung von Privatpersonen, sollte auch hier grundsätzlich abgesehen werden. Es besteht bei der Beteiligung von Privaten immer die Gefahr der verwässerten Verfolgung des öffentlichen Zwecks. Außerdem wird dem Gebot der Rechtssicherheit nicht genügt, wenn je nach Art der wahrgenommenen Aufgabe differenziert werden soll, ob dem Demokratieprinzip ausreichend Rechnung getragen wurde. Anders als in von der öffentlichen Hand nicht getragenen Unternehmen ist der Unternehmenszweck immer an der Erreichung eines öffentlichen Zwecks ausgerichtet. Damit besteht das Erfordernis an der Einhaltung und Erreichung eines gleichbleibenden Legitimationsniveaus. Sachlich-inhaltliche Legitimation der Entscheidungen der Gremien, welche von Vertretern der öffentlichen Hand und von Privaten besetzt werden, könnte nur durch eine Überarbeitung der Anstaltsgesetze bzw. -verordnungen über mehr Detailreichtum erzeugt werden. Entsprechende Regelungen müssten vorsehen, dass die Satzung gegen den Willen der demokratisch Legitimierten nicht geändert werden kann<sup>1284</sup>, dass die Verfolgung des öffentlichen Zwecks gesichert ist und dem Gebot doppelter Mehrheit entsprochen wird.

Bloße Vetopositionen der legitimierten Amtswalter reichen nicht aus, um die getroffene Sachentscheidung zu legitimieren, können doch positive Entscheidungen durch die personell demokratisch legitimierten Mitglieder mitunter nicht herbeigeführt werden. Gleich ob man die Geltung des Prinzips der doppelten Mehrheit befürwortet oder nicht, so darf die Teilhabe Privater nie zu einer von den demokratisch legitimierten Vertretern unabhängigen Entscheidung führen. Insofern erscheint es unabdingbar, vorzusehen, dass der Gemeinderat Privatpersonen wählt und auch über die jederzeitige Abberufung entscheiden kann.

Einer gesetzlichen Grundlage bedarf der Fall der Zuwahl „außenstehender“ Privatpersonen (Kooption) zum Zwecke der Beteiligung besonders Betroffener<sup>1285</sup>. Sofern die Kooptatoren indes selbst personell demokratisch legitimiert sind, wird dem Erfordernis einer ununterbro-

---

<sup>1282</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 208 f.

<sup>1283</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 241.

<sup>1284</sup> Dazu im Einzelnen Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 208 f.; Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 249.

<sup>1285</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 231.



chenen Kette demokratischer Legitimation genügt und eine besondere Election wird entbehrlich.

Im Ergebnis sollte von einer Besetzung der Anstaltsgremien durch Private wegen Friktionen mit dem Gebot der Rechtssicherheit und der demokratischen Legitimation abgesehen werden.

### **3. Unternehmenssatzung und Aufgabenübertragung**

Die Rechtsverhältnisse der Anstalt werden durch eine Unternehmenssatzung, welche von der Gemeinde erlassen wird, geregelt<sup>1286</sup>. Diese enthält Bestimmungen über Namen und Aufgaben der Anstalt, die Anzahl der Mitglieder von Vorstand und Verwaltungsrat und die Höhe des Stammkapitals<sup>1287</sup>. § 7 Abs. 1 S. 1 ThürAVO spricht insofern von der Ausstattung mit einem angemessenen Eigenkapital, dessen Höhe die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der kommunalen Anstalt gewährleisten soll. Was im konkreten Fall „angemessen“ ist, ist abhängig von der Art der wahrzunehmenden Aufgabe. Sach- und Personalkosten müssen abgedeckt sein. Sofern dies nicht gewährleistet ist, trifft den Anstaltsträger – die Gemeinde – dann jedenfalls die Anstaltslast<sup>1288</sup>. Von dem Eigenkapital ist ein Stammkapital zu bilden. Das Eigenkapital stellt den Kapitalanteil dar, der dem Unternehmen von seinen Trägern unbefristet und nicht rückzahlbar zur Verfügung gestellt wird<sup>1289</sup>. Eine Erhöhung oder Herabsetzung des Stammkapitals kann durch einfache Satzungsänderung beschlossen werden. Einer analogen Anwendung der Vorschriften des Gesellschaftsrechts für Kapitalerhöhungen und –herabsetzungen<sup>1290</sup> bedarf es nicht. Rechtsdogmatisch ist eine Analogiebildung ohnehin problematisch, da das Rechtsregime des Gesellschaftsrechts von einem anderen Normgeber herrührt als das Kommunalrecht. Dem Landesgesetzgeber kann nicht ohne weitere Anhaltspunkte – etwa in den Gesetzgebungsmaterialien – unterstellt werden, sein Wille decke sich mit dem des Bundesgesetzgebers.

Eine notarielle Beurkundung der Satzung ist nicht vorgesehen. Dementsprechend fallen – anders als bei Kapitalgesellschaften – keine Notarkosten an. Auch ein Sachgründungsbericht ist

---

<sup>1286</sup> § 76a Abs. 4 S. 1 ThürKO, § 5 ThürAVO.

<sup>1287</sup> § 76a Abs. 4 S. 2 ThürKO, § 5 ThürAVO. Die Ausstattung mit einem Stammkapital ist notwendig, damit die Anstalt die ihr übertragenen Aufgaben überhaupt wahrnehmen kann. Zum Problem, ob an diesem Stammkapital Anteile – etwa von Privaten – erworben werden können, siehe unten.

<sup>1288</sup> Siehe unter C. II. 4.

<sup>1289</sup> Oder als erwirtschafteter Gewinn im Sinne einer Selbstfinanzierung im Unternehmen belassen wird.

<sup>1290</sup> So *Bohn*, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 178.

nicht erforderlich. Die Satzung selbst und ihre Änderungen sind entsprechend den gemeinderechtlichen Vorschriften öffentlich bekannt zu machen. Der Tag der Bekanntmachung determiniert grundsätzlich auch den Entstehungszeitpunkt der Anstalt, der auf den darauf folgenden Tag festgelegt ist, wenn nicht die Satzung einen anderen Zeitpunkt bestimmt<sup>1291</sup>.

Ausdrücklich werden keine Regelungen für die Änderungszuständigkeit getroffen. Aus § 76a Abs. 4 S. 1 ThürKO, wonach die Gemeinde die „Rechtsverhältnisse der kommunalen Anstalt durch eine Unternehmenssatzung“ regelt, ergibt sich indessen, dass sie die Rechtsverhältnisse nachträglich wegen geänderter Umstände oder Bedürfnisse anpassen kann<sup>1292</sup>. Es wäre außerdem sinnwidrig, wenn die Gemeinde zwar für den erstmaligen Erlass der Unternehmenssatzung zuständig sein soll, die Anstalt aber anschließend diese organisatorische Grundlage eigenmächtig ändern könnte. Dies wäre auch vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips äußerst bedenklich: Die Anstalt ist rechtlich und organisatorisch selbständig. Gleichwohl bestehen gesetzlich festgelegte Mitwirkungsrechte des Gemeinderates, die den kommunalen Einfluss sichern. Ein Instrument hierfür ist die Satzungscompetenz des Gemeinderates. Dieser Erwägung scheint ein Blick auf die Regelungen in anderen Bundesländern, etwa § 94 Abs. 7 BbgKVerf, zu widersprechen. Dort heißt es:

„Die Gemeinde kann für die kommunale Anstalt vor ihrer Errichtung im Bereich der zu übertragenden Aufgaben Satzungen erlassen. Die kommunale Anstalt kann die Satzungen ändern, ersetzen oder aufheben“.

Damit ist jedoch nicht die Befugnis der Anstalt zur Änderung ihrer Unternehmensgrundlage gemeint, sondern die Kompetenz zur Änderungen von Satzungen auf dem Rechtsgebiet, in welchem sie ihre Aufgaben wahrnimmt<sup>1293</sup>. Denn § 94 BbgKVerf unterscheidet in seinem Wortlaut stets zwischen der „Anstaltssatzung“ und „Satzungen“. Hätte der Landesgesetzgeber das Unternehmensstatut gemeint, hätte er angeordnet, dass die kommunale Anstalt die „Anstalts“-Satzung ändern können soll.

Die Gemeinde kann der kommunalen Anstalt satzungsmäßig einzelne Aufgaben oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängende Aufgaben ganz oder teilweise<sup>1294</sup>, d.h. sowohl

---

<sup>1291</sup> § 76a Abs. 4 S. 5 ThürKO.

<sup>1292</sup> Vgl. auch *Otto*, in: Beck'sches Hdb. d. GmbH, § 21 Rn. 15.

<sup>1293</sup> Insofern siehe auch § 94 Abs. 5 S. 3 BbgKVerf.

<sup>1294</sup> § 76a Abs. 2 S. 1 ThürKO.

zur Durchführung als auch vollständig übertragen<sup>1295</sup>. Die Anstalt ist dann grundsätzlich auch berechtigt, hoheitliche Befugnisse auszuüben und in diesem Zusammenhang auch die Vollstreckung von Verwaltungsakten zu betreiben<sup>1296</sup>.

Eine Beschränkung des Aufgabenkreises tritt in den kommunalrechtlichen Vorschriften nicht zu Tage. Auf die AöR können jedoch nur solche Aufgaben zur selbständigen Wahrnehmung übertragen werden, für welche die Kommune eine entsprechende Kompetenz besitzt. Dies betrifft die Verbands-, die örtliche wie die sachliche Kompetenz.

In der Anstalt kann ein ganzes Konglomerat an Aufgaben zusammengefasst werden, sofern diese in einem inneren Zusammenhang zueinanderstehen, d.h. diese Unternehmensform kann der Bündelung ganzer Aufgabenbereiche dienen und damit die Gemeindeverwaltung entlasten.

Gleichwohl ist die allgemeine Beschränkung nach den gemeindewirtschaftlichen Vorgaben auf den öffentlichen Zweck zu beachten. Eine Aufgabenerfüllung, die allein erwerbswirtschaftlichen Motiven dient, ist unzulässig.

#### **4. Haftung des Trägers für Verbindlichkeiten der Anstalt**

Die Haftung des Anstaltsträgers wird unter den Gesichtspunkten der Anstaltslast und der Gewährträgerhaftung betrachtet.

Die Höhe des Stammkapitals, mit welchem die Anstalt auszustatten ist, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Aus der satzungsrechtlich vorgeschriebenen Pflicht, ein solches festzulegen, kann aber geschlussfolgert werden, dass den Gläubigern der Anstalt ein Haftungsfond und der Anstalt soviel Kapital zur Verfügung stehen soll, dass sie die ihr zugewiesenen Aufgaben ordnungsgemäß wahrnehmen kann. Dabei trifft die Gemeinde als Unternehmensträger die – ursprünglich im Sparkassenrecht gewohnheitsrechtlich entwickelte<sup>1297</sup> – Pflicht, die Anstalt mit den erforderlichen finanziellen wie sachlichen Mitteln auszustatten<sup>1298</sup>. Dies wird als An-

---

<sup>1295</sup> Otto, in: Beck'sches Hdb. d. GmbH, § 21 Rn. 15.

<sup>1296</sup> § 76c Abs. 3 ThürKO.

<sup>1297</sup> Vgl. Kemmler, Die Anstaltslast, S. 37 ff.; Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 100 m.w.N. Bohn ist der Auffassung, die Anstaltslast werde schon aufgrund des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes begründet: Die einfachgesetzlichen Normen zur Schaffung der Anstalt und Aufgabenzuweisung machten nach ihm nur Sinn, wenn die Aufgabenwahrnehmung zugleich sichergestellt sei. Gegen diesen Ansatz spricht, dass diese Prinzipien die Anstaltslast nicht begründen, sondern sie allenfalls erfordern. Die Notwendigkeit und das Vorhandensein von gesetzlichen Grundlagen für die Errichtung von Verwaltungseinheiten sagt nicht zwingend etwas darüber aus, wer diese Institutionen zu unterhalten oder sie mit Kapital auszustatten hat resp. den Gläubigern gegenüber haftet.

<sup>1298</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 98.

staltslast bezeichnet, die nur im **Innenverhältnis** zwischen Anstaltsträger und der Anstalt wirkt. Hieraus ergibt sich etwa auch eine Ausgleichungspflicht der Gemeinde bei einer auftretenden Unterbilanzierung<sup>1299</sup>. Damit wird die Anstalt im Ergebnis **insolvenzunfähig**<sup>1300</sup>. Aus der selbständigen Stellung der Anstalt und ihrer Ausgestaltung als Sondervermögen ergibt sich gleichsam ein Schutz des Unternehmens vor dem bedingungslosen Zugriff des Verwaltungsträgers auf das Vermögen der Anstalt, mithin besteht eine vermögensrechtliche Trennung<sup>1301</sup>. Gegenüber der GmbH- und AG-Form aus der Sicht der Kommune erscheint nachteilig, dass eine Begrenzung der Haftung auf das Anstaltsvermögen nicht vorgesehen ist. Diese Feststellung ist jedoch relativierungsbedürftig, denn auch bei kommunalen Gesellschaften besteht unter gewissen Voraussetzungen eine Einstandspflicht der Gemeinden<sup>1302</sup>.

Die Gemeindeordnungen bzw. Anstaltsgesetze und –verordnungen normieren, dass die Gemeinde für die Verbindlichkeiten der Anstalt unbeschränkt haftet, sofern nicht Befriedigung aus ihrem Vermögen zu erlangen ist (sogenannte Gewährträgerhaftung)<sup>1303</sup>. In Thüringen sieht § 9 Abs. 1 ThürAVO vor, dass ein nicht deckbarer Jahresverlust der Anstalt aus Haushaltsmitteln der Gemeinde auszugleichen ist. In letzter Konsequenz hat der Anstaltsträger mithin dafür zu sorgen, dass die finanzielle Leistungskraft der Anstalt erhalten bleibt. Dieser Umstand bietet den Gläubigern des Unternehmens mehr Sicherheit als in den Kapitalgesellschaften.

Bisweilen stellte sich die Frage, ob diese unbegrenzte Gewährträgerhaftung mit **europarechtlichen Vorgaben**, namentlich mit Art. 107 AEUV vereinbar ist<sup>1304</sup>. Mit dieser unbeschränkten Einstandspflicht der Kommunen wird die Anstalt gegenüber den mit ihr in Wettbewerb stehenden Unternehmen bevorteilt. Jene haben für ihre finanzielle Leistungsfähigkeit grundsätzlich selbst zu sorgen und einzustehen. Das Auftreten konkurrierender, in der Regel stets solventer Anstalten verschärft die Wettbewerbssituation und ist damit prinzipiell geeignet, den Binnenmarkt zu beeinträchtigen.

Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu

<sup>1299</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 99.

<sup>1300</sup> Bunte, in: Schimansky/Bunte/Lwowski: Bankrechts-Handbuch, § 142 Rn. 21.

<sup>1301</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 122 ff.

<sup>1302</sup> Grundlach, LKV 2000, 58 ff.; Erbguth/ Stollmann, DÖV 1993, 807; Ehlers, DÖV 1986, 901; vgl. auch Kapitel 4 A. II. 4. b und V. 2.

<sup>1303</sup> § 76a Abs. 5 S. 1 ThürKO; Kemmler, DVBl. 2003, 100.

<sup>1304</sup> Vgl. dazu auch den Streit zwischen der BRD und der Kommission über die Zulässigkeit der Gewährträgerhaftung und Anstaltslasten betreffend öffentliche Kreditinstitute: Schlussfolgerungen über Anstaltslast- und Gewährträgerhaftung betreffend die Verständigung über Landesbanken und Sparkassen v. 17.7.2001.

verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie diesen beeinträchtigen. Streitpunkt ist vornehmlich das Merkmal der Begünstigungswirkung. Unter einer Begünstigung wird grundsätzlich die Befreiung von finanziellen Belastungen verstanden, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat<sup>1305</sup>. Dies kann durch positive Leistungen, Subventionen, geschehen oder durch Maßnahmen, die diesen in Art und Wirkung gleichstehen. Das Unternehmen muss einen Wert ohne – im Sinne des private investor tests -adäquate Gegenleistung erhalten<sup>1306</sup>. Bei den Beihilfen i.S.d. Art. 107 AEUV muss es sich um Sonderunterstützungen, das heißt, die Bevorteilung „bestimmter“ Unternehmen handeln, die nicht vorliegt, wenn die staatliche Maßnahme sämtliche Marktteilnehmer eines Mitgliedsstaates erfasst<sup>1307</sup>. Die in den Absätzen 2 und 3 aufgelisteten Ausnahmetatbestände, nach denen Beihilfen als mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklärt werden, erfassen die kommunalen Unternehmen in der Anstaltsform nicht<sup>1308</sup>. Insbesondere die Anstaltslast stellt sich im Ergebnis als eine **Dauerbeihilfe** dar, da sie einer möglichen Insolvenz des Unternehmens entgegenwirkt<sup>1309</sup>, aber auch ein besseres Kredit-Rating und eine vorteilhaftere Refinanzierung bewirkt<sup>1310</sup>. Auf europäischer Ebene haben sich die BRD und die Kommission für den Bereich der **Kreditinstitute** auf die Abschaffung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung verständigt<sup>1311</sup>. Dieses „Übereinkommen“ zeitigte Ausstrahlungswirkungen auf andere Bereiche, in denen öffentlich-rechtliche Anstalten eingesetzt werden<sup>1312</sup>. In den meisten Kommunalordnungen<sup>1313</sup> finden sich nunmehr Einschränkungen der Gewährträgerhaftung. Eine unbeschränkte Haftung für die Verbindlichkeiten der Anstalt scheidet aus, „soweit die Bestimmungen über staatliche Beihilfen nach Artikel 107 bis 109 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union dem entgegenstehen“<sup>1314</sup>. Ein Widerspruch zum europäischen Beihilfenrecht (insbesondere eine Diskriminierung ausländischer Konkurrenten) besteht dann nicht, wenn es sich um Leistungen handelt, die offensichtlich nur auf einem regionalen Markt und von inländischen Unternehmen angeboten werden können, wie etwa bei der Versorgung mit Fernwärme. Fern-

<sup>1305</sup> EuGH, Urt. v. 26.03.2006 – C-237/04, ECLI:EU:C:2006: 197, Rn. 42 - Enirisorse.

<sup>1306</sup> Kliemann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje: Europäisches Unionsrecht, Art. 107 AEUV Rn. 39.

<sup>1307</sup> Kliemann, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje: Europäisches Unionsrecht, Art. 107 AEUV Rn. 31.

<sup>1308</sup> Waldmann, Das Kommunalunternehmen – Organisationsform für Baden-Württemberg, S. 100 f.

<sup>1309</sup> Waldmann, Das Kommunalunternehmen – Organisationsform für Baden-Württemberg, S. 101.

<sup>1310</sup> Zweifelnd Kemmler, DVBl. 2003, 100 f.

<sup>1311</sup> Verständigung über Landesbanken und Sparkassen v. 17.7.2001 zwischen BRD und Kommission = sächsische LT-Drs. 3/558.

<sup>1312</sup> Vgl. Wolfers/Kaufmann, DVBl. 2002, 507 (509).

<sup>1313</sup> Nicht so § 5 Abs. 1 S. 1 BremKUG.

<sup>1314</sup> Siehe nur § 76a Abs. 5 S. 2 ThürKO.

wärme ist technisch bedingt über weite Entfernungen nicht handelbar<sup>1315</sup> (etwas anderes kann für Gemeinden gelten, welche sich an der Grenze der BRD befinden).

Praktisch kann das Problem der Unionsrechtswidrigkeit von Anstaltslast und Gewährträgerhaftung damit als überholt angesehen werden<sup>1316</sup>. Ist der Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht in den Kommunalordnungen nicht festgelegt, so sind die Regelungen jedoch in diesem Sinne (unionsrechtskonform) **auszulegen**.

Zugleich wird deutlich, dass die finanzielle Einstandspflicht der Gemeinden für die Anstalt des öffentlichen Rechts **kein konstituierendes** Wesensmerkmal ist.

## **5. Beteiligungen**

Über Beteiligungen kann sich das Unternehmen Kapital beschaffen. Daneben können Synergieeffekte durch die Bündelung von Fachwissen und Ressourcen erzielt werden. Außerdem können freie Kapazitäten ausgelastet werden, was die Wirtschaftlichkeit der unternehmerischen Betätigung erhöht. Gleichwohl bleibt bei den in Betracht kommenden Beteiligungsmodi unter Involvierung einer Anstalt des öffentlichen Rechts stets zu prüfen, ob verfassungsrechtliche Strukturprinzipien gewahrt bleiben.

### **a. Beteiligung der Anstalt an anderen Unternehmen**

Die kommunale Anstalt kann sich nach Maßgabe der Unternehmenssatzung und in entsprechender Anwendung der für die Gemeinde geltenden Vorschriften an anderen Unternehmen beteiligen, wenn dies dem Unternehmenszweck dient<sup>1317</sup>. „Beteiligung“ meint in diesem Sinne den Erwerb eines Anteils an einem privaten Unternehmen, da diese über „Anteile“ verfügen. Die Beteiligung an einer „gemeinsamen kommunalen Anstalt“<sup>1318</sup> oder an einem Zweckverband durch Erwerb von Mitgliedschaftsrechten an diesem<sup>1319</sup> ist in Thüringen von der Verweisung des § 76a Abs. 1 S. 3 ThürKO auf die §§ 71 ff. ThürKO nicht erfasst, da hierfür Spezialregelungen im ThürKGG getroffen wurden. Gleiches gilt für die Beteiligung an kommunalen Arbeitsgemeinschaften, § 4 Abs. 1 S. 2 ThürKGG.

---

<sup>1315</sup> BVerwG, NVwZ 2006, 690 (693).

<sup>1316</sup> Allerdings findet sich etwa in § 94 Abs. Abs. 9 BbgKVerf noch die vorbehaltlose Anordnung der Gewährträgerhaftung. Vor dem Hintergrund der vorliegend erörterten Konflikte mit dem europäischen Beihilfenrecht ist die Norm jedoch unionsrechtskonform auszulegen.

<sup>1317</sup> § 76a Abs. 1 S. 3 ThürKO.

<sup>1318</sup> §§ 43, 44 ThürKGG.

<sup>1319</sup> Die Anstalt ist gemäß § 16 Abs. 2 S. 1 ThürKGG ein zulässiges Mitglied in einem Zweckverband.

Dem Verwaltungsrat obliegt die Entscheidung über die Beteiligung an anderen Unternehmen. Allerdings bedarf eine solche Entscheidung eines Gemeinderatsbeschlusses<sup>1320</sup>.

Die Vorschriften, welche die Beteiligung der Gemeinden an Unternehmen des privaten Rechts betreffen, gelten für die Anstalt entsprechend. Die gegen die Beteiligungsunternehmen der Kommune vorgebrachten **verfassungsrechtlichen Bedenken** bestehen mithin auch bei der Beteiligung von Anstalten an Kapitalgesellschaften. Vor dem Hintergrund der rechtlichen Selbständigkeit der Anstalt gegenüber der Gemeinde **potenziert** sich das Risiko, verfassungsrechtliche Determinanten der wirtschaftlichen Betätigung zu unterlaufen. Denn wenn sich schon die Gemeinde – derzeit – aufgrund an der Oberfläche kratzender<sup>1321</sup> gemeinderechtlicher Vorschriften der Beteiligung an privaten Unternehmen enthalten sollte und weil diese Regelungen analog auch für die Anstalt gelten, dann hat die AöR erst recht eine solche Beteiligung zu unterlassen. Die Wege der Entscheidung demokratisch legitimierter Gemeindeorgane verlängern sich. Die weitere Voraussetzung, dass eine Beteiligung an einem anderen Unternehmen nur zulässig ist, wenn dies dem Unternehmenszweck dient<sup>1322</sup> oder wenn ein „besonders wichtiges Interesse“ vorliegt<sup>1323</sup>, vermag wegen der fehlenden, mindestens durch Nennung von Regelbeispielen erfolgenden Konkretisierung kaum zu einer substantiellen Einschränkung von Beteiligungen an Gesellschaften zu führen.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen aber auch aus grundrechtlicher Perspektive. Trotz einer Minderheitsbeteiligung eines öffentlichen Verwaltungsträgers an einem Unternehmen des privaten Rechts kann die öffentliche Hand sich durch gesellschaftsrechtliche Instrumentarien – wie Mehrstimmrechte – einen Einfluss auf die Unternehmensführung sichern, was vor dem Demokratieprinzip erstrebenswert erscheint. Der Erwerb von Anteilen korrespondiert aber immer mit einer entsprechenden Einlageverpflichtung. Die Leistung einer Einlage durch die öffentliche Hand, die sich Insolvenzrisiken nicht ausgesetzt sieht, kann aus der Sicht eines privaten Konkurrenten zu Wettbewerbsverzerrungen bzw. zur Bevorteilung desjenigen Unternehmens führen, an welchem die Gemeinde/die Anstalt beteiligt ist. Insofern ist hier der Topos der Grundrechtsgefährdung zu erinnern.

Die Anstalt hat dafür Sorge zu tragen, dass die sie selbst treffenden Verpflichtungen betreffend Jahresabschluss und Lagebericht sowie der haushaltsrechtlichen Prüfungen auch durch

---

<sup>1320</sup> § 73a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 74 Abs. 1 S. 2 ThürKO.

<sup>1321</sup> § 73 ThürKO.

<sup>1322</sup> § 76a Abs. 1 S. 3 ThürKO.

<sup>1323</sup> § 114a Abs. 4 S. 2 GO NRW.

die Unternehmen des privaten Rechts erfüllt werden, an denen sie beteiligt ist<sup>1324</sup>. Somit wird verhindert, dass sich die Anstalt durch die Verlagerung der Aufgabenerfüllung auf andere Unternehmen mittels Beteiligung ihrer haushaltsrechtlichen Verantwortlichkeit und Rechenschaftspflicht entzieht.

Die Gemeindeordnungen sehen vor, dass über die Beteiligung der Anstalt jährlich Bericht zu erstatten ist<sup>1325</sup>. Dies gilt nicht für Beteiligungen unter 25%. Die Stipulierung einer solchen Beteiligungsquote ist kritisch zu betrachten. Rechenschafts- und Berichtspflichten bedeuten einen höheren bürokratischen Aufwand, dienen aber der Kontrolle der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeindeunternehmen. Es besteht die Gefahr, dass sich die Unternehmen nur gerade – aber dafür an vielen verschiedenen Gesellschaften – in der Höhe beteiligen, dass sie einer Berichtspflicht entkommen. Dies führt aber dazu, dass die kommunale Kontrolle der Beteiligung abgeschwächt wird.

Auch aus konzernrechtlicher Perspektive ergibt sich Konfliktpotential. Eine Anstalt kann außerdem herrschendes Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG sein<sup>1326</sup>. Herrschende Unternehmen nach § 17 Abs. 1 AktG sind solche, die auf abhängige Unternehmen einen mittelbaren oder unmittelbaren Einfluss ausüben kann<sup>1327</sup>. Die Anwendung konzernrechtlicher Vorschriften auch auf Anstalten des öffentlichen Rechts rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass sich die öffentliche Hand privatwirtschaftlich in einem Umfang betätigen kann, aus dem sich für private Aktionäre die Gefahr ergibt, dass das Interesse der Gesellschaft und damit auch das Interesse der Aktionäre einem für sie **fremden Unternehmensziel aufgeopfert** wird<sup>1328</sup>. Das Konzernrecht schafft auf wirtschaftlicher Ebene einen Ausgleich der Interessen und bezweckt den Schutz von Minderheiten.

Nach den §§ 291 ff. AktG ist erforderlich, dass eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen – hier in Rede stehend: der Anstalt – unterstellt.

Zu bedenken ist im Falle des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG, dass die Anstalt dann nach § 302 AktG zur **Verlustübernahme** verpflichtet ist. Dies könnte in Widerspruch zu der in den Gemeindeordnungen aufgestellten Voraussetzung ste-

---

<sup>1324</sup> § 75 Abs. 4 ThürKO.

<sup>1325</sup> § 75a Abs. 1 ThürKO.

<sup>1326</sup> A.A. noch LAG Berlin AG 1996, 140, 142 f. = DB 1996, 688 – Berliner Landesbank.

<sup>1327</sup> BGH NJW 1978, 104: Anerkennung der Eigenschaft des Bundes als herrschendes Unternehmen.

<sup>1328</sup> BGH NJW 1978, 104 (105).



hen, dass die Verpflichtung des Unternehmensträgers auf seine Leistungsfähigkeit zu begrenzen ist. Beim Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages<sup>1329</sup> besteht die Verpflichtung, außenstehenden Aktionären einen angemessenen Ausgleich durch eine auf die Anteile am Grundkapital bezogene wiederkehrende Geldleistung zu gewähren<sup>1330</sup>. Wurde nur ein Beherrschungsvertrag geschlossen, muss den außenstehenden Aktionären ein bestimmter jährlicher Gewinnanteil nach der für die Ausgleichszahlung bestimmten Höhe garantiert sein, § 304 Abs. 1 S. 2 AktG.

### **b. Beteiligung juristischer Personen des öffentlichen Rechts an Anstalten**

Normen, die statuieren, dass Kapitalgeber und Anstaltsträger übereinstimmen müssen, existieren nicht, weshalb eine Machbarkeitsbetrachtung angezeigt ist, ob Dritte sich an der Anstalt beteiligen können<sup>1331</sup>.

Mehrere öffentlich-rechtliche Rechtsträger können unter dem Rechtskleid der Anstalt des öffentlichen Rechts kooperieren und, durch die Bündelung ihrer Kräfte, Synergieeffekte bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erzielen. Die Errichtung einer solchen gemeinsamen kommunalen Anstalt<sup>1332</sup> ist gesetzlich vorgesehen<sup>1333</sup>. Die normative Verankerung ist eine sich aus dem Vorbehalt des Gesetzes ergebende Notwendigkeit, da das Zusammenwirken mehrerer juristischer Personen des öffentlichen Rechts als Anstaltsträger wesentlich für die Struktur der Anstalt ist, was Auswirkungen auf die Aufgabenwahrnehmung zeitigt<sup>1334</sup>. Die gemeinsame Anstalt muss Aufgaben in einem größeren Einzugsbereich erfüllen und dabei die mitunter unterschiedlichen örtlichen Gegebenheiten einbeziehen und ein abgestimmtes, interessengerechtes Vorgehen zu erreichen suchen. Außerdem verändern sich durch eine andere Struktur auch die Rahmenbedingungen für die Grundrechtseingriffe gegenüber dem Bürger. Grundsätzlich unproblematisch verhält es sich mit der Gewährleistung demokratischer Legitimation der Entscheidungsträger dieses aus mehreren juristischen Personen des öffentlichen Rechts zusammengesetzten Unternehmens. Die Vertreter der „entscheidenden“ Rechtsträger sind, sofern es sich um Gemeinderatsmitglieder handelt, entweder unmittelbar oder über die

---

<sup>1329</sup> § 291 Abs. 1 AktG.

<sup>1330</sup> § 304 Abs. 1 S. 1 AktG.

<sup>1331</sup> *Lange*, Beteiligung Privater an AöR, S. 100.

<sup>1332</sup> Zur gemeinsamen kommunalen Anstalt, auch gemeinsames Kommunalunternehmen (GKU) genannt, unten unter C. III.

<sup>1333</sup> Für Thüringen: §§ 43 f. ThürKGG; vgl. aber auch §§ 1 ff. ThürAVO.

<sup>1334</sup> Vgl. *Lange*, Beteiligung Privater an AöR, S. 100.

Wahl durch Gemeinderatsmitglieder mittelbar demokratisch (organisatorisch-personell) legitimiert. Mithin lässt sich eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk bis zu den Organen und Organmitgliedern des Unternehmens herstellen.

### **c. Beteiligung Privater an Anstalten**

Durch die Beteiligung Privater würde die Anstaltsstruktur verändert, insbesondere würden in die Entscheidungsfindung und Unternehmensleitung Privatpersonen einbezogen, die nicht gewählt wurden oder über die Ernennung durch demokratisch legitimierte Volksvertreter eine eigene personell-demokratische Legitimation erhalten haben. Mithin stellt sich das gleiche Problem wie bei den Beteiligungsgesellschaften: Private verfolgen andere, mitunter gegenüber der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks konträre Interessen. Die Wahrnehmung von Aufgaben, die dem Gemeinwohl dienen, erscheint durch den zumindest faktischen Einfluss auf die Unternehmensführung gefährdet. Die Einbeziehung Privater über die Möglichkeit des Erwerbs von Anteilen am Stammkapital der Anstalt ist damit als wesentlich zu betrachten und bedürfte nach dem **Vorbehalt des Gesetzes** einer gesetzlichen Grundlage, welche obendrein detaillierte Vorgaben machen muss, um den bestimmenden Einfluss der öffentlichen Hand zur Sicherung kommunalwirtschaftlicher Vorgaben zu gewährleisten<sup>1335</sup>. Eine solche Regelung ist nicht getroffen worden mit der Folge, dass eine **unmittelbare Privatbeteiligung unzulässig** ist.

Ausgehend von der Prämisse, dass für die Entscheidung der Frage nach der Ausübung von „Staatsgewalt“ nicht die Art der wahrgenommenen Aufgabe entscheidend ist, kann auch der in der Literatur teilweise geäußerten Ansicht nicht gefolgt werden, dass eine unmittelbare Privatbeteiligung bei im Wesentlichen wirtschaftlich strukturierte Aufgaben zulässig und damit die Erreichung eines bestimmten Legitimationsniveaus nicht erforderlich sei<sup>1336</sup>.

### **aa. Stille Gesellschaft**

In der Literatur und Praxis wird, um die Konsequenz der Unzulässigkeit zu vermeiden, die Beteiligung des

---

<sup>1335</sup> Es stellen sich dieselben Probleme der Absicherung von Einfluss- und Steuerungsrechten der öffentlichen Hand wie bei den Beteiligungsgesellschaften, weshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht auch davon abgesehen werden sollte, eine Beteiligungsmöglichkeit an Anstalten einzuführen.

<sup>1336</sup> Bohn, AöR – Wandel durch Beteiligung Dritter, S. 241 ff.

Privaten als stiller Gesellschafter<sup>1337</sup> i.S.d. §§ 230 ff. HGB erwogen<sup>1338</sup>. Eine stille Gesellschaft liegt vor, wenn zwischen einem kaufmännischen Rechtsträger und einem anderen ein Gesellschaftsvertrag zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes ohne Bildung eines Gesellschaftsvermögens geschlossen wird, wodurch der andere durch Leistung der Einlage am Unternehmen und am Gewinn beteiligt wird<sup>1339</sup>.

Der Private soll bei Zusammenwirken mit der Anstalt seine Einlage leisten müssen. Seine stille Beteiligung würde für ihn vor allem dann attraktiv, wenn er nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags nicht an den Verlusten beteiligt ist, § 231 Abs. 2 HGB. Für seine Einlage erhält der Stille einen Anspruch auf einen Gewinnanteil. Berechtigt und verpflichtet aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften wird allein der Inhaber des Handelsgewerbes, § 230 Abs. 2 HGB. Das Merkmal des Handelsgewerbes wird man wohl, da die Kommunalordnungen nicht verbieten, mittels öffentlicher Unternehmen Gewinne zu erzielen, bei der Anstalt bejahen können, sodass es an der Voraussetzung der Gewinnerzielungsabsicht (im Rahmen von § 1 Abs. 2 HGB) nicht von vornherein fehlt<sup>1340</sup>. Die Anstalt kann demnach Inhaberin eines Handelsgewerbes i.S.d. § 230 Abs. 2 HGB sein.

Stille Beteiligungen können in typischer (ohne Mitwirkungsrechte des stillen Gesellschafters) oder in atypischer Form (mit Mitwirkungsrechten) vorkommen. Einer gesetzlichen Verankerung der Zulässigkeit der Zusammenarbeit mit Privaten über eine typische stille Beteiligung im Kommunalrecht bedarf es nicht, da der Private lediglich als Kapitalgeber fungiert und sich seine Rechte auf eine Gewinnberechtigung und auf Kontrollen i.S.d. § 233 HGB beschränken. Gleichwohl bedarf es einer entsprechenden Satzungsgestaltung. Die Satzung erlässt die Gemeinde, mithin der Rechtsträger der Anstalt, sodass diese über das Ob und Wie der stillen Beteiligung ausreichende Entscheidungsgewalt behält<sup>1341</sup>.

Der Private dürfte allerdings an einer atypischen stillen Beteiligung interessiert sein, da es in der Regel am Vertrauen in die Wirtschaftlichkeit der Betätigung und die Fähigkeit, Gewinne zu erzielen, fehlt. Der Private wird in der atypischen stillen Gesellschaft außerdem an außerordentlichen Erträgen, an den stillen Reserven und dem Geschäftswert beteiligt und ihm ste-

---

<sup>1337</sup> Beteiligung über eine Innengesellschaft: *Karsten Schmidt*, in: MüKo HGB: § 230 Rn. 6.

<sup>1338</sup> *Mann*, NVwZ 1996, 557 (558); *Lange*, Beteiligung Privater an AöR, S. 100 ff.

<sup>1339</sup> *Karsten Schmidt*, in: MüKo HGB: § 230 Rn. 2.

<sup>1340</sup> Vgl. *Lange*, Beteiligung Privater an AöR, S. 101.

<sup>1341</sup> Vgl. BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 (795).

hen oft auch Stimm- oder Vetorechte zu<sup>1342</sup>. Evident wird hierdurch ein Verlust an demokratischer Rückanbindung. Die Einflussnahmemöglichkeiten der Gemeinde sinken ab, das Unternehmen unterliegt auch der Steuerung des Privaten, der öffentliche Zweck ist gefährdet. Es bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage, die sich aber in den Gemeindeordnungen und Anstaltsgesetzen nicht findet. Folglich steht die atypische stille Gesellschaft **nicht zur Wahl**, um eine Beteiligung an der Anstalt zu ermöglichen.

### **bb. Beispielsfall: Berliner Wasserbetriebe**

Einen besonderen Anwendungsfall der Beteiligung über eine stille Gesellschaft stellt die Involvierung einer Holding-Gesellschaft dar<sup>1343</sup>. Der Unternehmensgegenstand einer solchen Gesellschaft besteht darin, auf Dauer Beteiligungen an einem oder mehreren rechtlich selbständigen Unternehmen zu halten und diese(s) Unternehmen zu leiten und strategisch zu führen (geschäftsführende Holding/Führungsholding) oder lediglich dessen/deren Finanzen zu verwalten (Vermögens-/Finanzierungsholding)<sup>1344</sup>.

Die Gründung von Holdinggesellschaften wurde vor allem im Kredit- und Bankenwesen forciert. Das bekannteste Beispiel außerhalb dieser Bereiche ist das der Berliner Wasserbetriebe (BWB). Es handelt sich zwar hierbei um ein Landesunternehmen, jedoch sind auch hier die gleichen verfassungsrechtlichen Direktiven maßgeblich wie in kommunalen Unternehmen.

Auf Details der im folgenden darzustellenden Konstruktion der BWB<sup>1345</sup> wird verzichtet, es soll lediglich ein Überblick über die Kompliziertheit einer derartigen rechtlichen Konstruktion gegeben werden<sup>1346</sup> und aufzeigen, dass sich im Rahmen der (unmittelbaren oder mittelbaren) Beteiligung von Privaten an öffentlichen Unternehmen stets demokratische Defizite und Verluste an Einwirkungsmöglichkeiten der öffentlichen Hand zeigen.

In groben Zügen lässt sich die Konstruktion der Holding-Struktur wie folgt darstellen

Die BWB wurden zunächst in der Form einer Anstalt des öffentlichen Rechts ohne private Beteiligung gegründet.

---

<sup>1342</sup> Gotthardt, in: Müller/Rödter, Beck'sches Handbuch der AG: § 9 Rn. 191.

<sup>1343</sup> Ausführlich dargelegt bei Lange, Beteiligung Privater an AöR, S. 143 ff.

<sup>1344</sup> Lange, Beteiligung Privater an AöR, S. 143 f.

<sup>1345</sup> Einzelheiten bei Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 34 ff.

<sup>1346</sup> Die Einzelheiten des rechtlichen Konzepts finden sich bei Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 34 ff.

Das Land Berlin gründete sodann zusammen mit der BB-AG (bestehend aus RWE und Veolia) eine Holding AG, in welcher das Land zu 50,1% und die BB-AG zu 49,9% beteiligt waren.

Diese Holding-AG und die BWB gründeten anschließend eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Form einer stillen Gesellschaft (im Folgenden SG 1). Die Holding-AG – als atypische stille Gesellschafterin – war an dieser zu 49,9 % und die BWB waren zu 50,1 % beteiligt. Zwischen diesen Gesellschaftern wurde ein Beherrschungsvertrag geschlossen, mit welchem sich die Holding Zugriff auf die Leitung der BWB und damit Weisungsrechte sicherte. Die zu erteilenden Vorstandsweisungen sollten aber der Zustimmung eines Weisungsausschusses des Aufsichtsrats der Holding-AG unterliegen. In dem Aufsichtsrat selbst hatten die vom Land Berlin bestellten Vertreter die Mehrheit. Für den privaten Anteilseigner der Holding-AG ergab sich hieraus der Vorteil, dass er nicht zur Leistung der von den BWB zu entrichtenden Gewerbe-, Umsatz- und Verkehrssteuern mangels unmittelbarer Kapitalbeteiligung an dieser Anstalt verpflichtet war, denn formal blieb die Anstalt ein öffentliches Unternehmen.

Gleichwohl hat sich der Private (BB-AG) die operative Führung gegenüber der BWB und der Holding AG gesichert, indem er einen entsprechenden Rahmenvertrag (Konsortialvertrag) mit diesen abschloss.

Im Anschluss gründeten dann die Holding-AG und die BB-AG eine weitere stille Gesellschaft<sup>1347</sup>, in welcher die BB-AG atypische stille Gesellschafterin wurde. Ihre Beteiligung an der stillen Gesellschaft (SG 1) übertrug die Holding-AG vollständig auf die BB-AG, mithin lag die vormalige Beteiligung der Holding-AG an der SG 1 nun vollständig in den Händen von Privaten (das Land Berlin hielt fortan über die Holding-AG keine Beteiligung mehr an der SG 1). Die in privater Hand liegende BB-AG, die den Platz der Holding in der SG 1 einnahm, war jetzt gleichsam zu 49,9 % „an der Anstalt beteiligt“<sup>1348</sup>.

Das eigentliche Problem bestand sodann darin, dass dieser Private – auch über den abgeschlossenen Konsortialvertrag – de facto als Anstaltsträger fungierte. Der Einfluss der öffentlichen Hand wurde abgeschwächt.

---

<sup>1347</sup> Der Vorteil einer solchen Konstruktion liegt darin, dass die Zahlung von Umsatz-, Gewerbe- und Verkehrssteuer unterlaufen werden kann: *Passadakis*: Die Berliner Wasserbetriebe, S. 10.

<sup>1348</sup> Wegen des fortbestehenden Beherrschungsvertrags.

Der Berliner Verfassungsgerichtshof ging von der Einhaltung der durch das Demokratieprinzip gesetzten Grenzen durch das der Teilprivatisierung zugrunde liegende Gesetz aus<sup>1349</sup>. Der öffentlichen Hand sei in ausreichender Weise ein Letztentscheidungsrecht gesichert. Eine uneingeschränkte Leitungsmacht der Holding sei ausgeschlossen<sup>1350</sup>. Eine demokratische Legitimation des Handelns der BWB trotz Leitung durch Private ist nach Auffassung des Berliner Verfassungsgerichtshofs nach der gesetzlichen Regelung<sup>1351</sup> gegeben, da die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an die Anstalt in der Hand des Gewährträgers liegen sollte. Denn der vorgesehene Weisungsausschuss im Aufsichtsrat der Holding-AG sollte allen Weisungen gegenüber der Anstalt zustimmen müssen und ein entsprechender Zustimmungsbeschluss sollte von den Vertretern des Landes Berlin – ggf. aufgrund des Prinzips der doppelten Mehrheit – getragen werden.

Die Krux lag jedoch darin, dass die Anstalt entsprechende Unternehmensverträge mit der Holding-AG abschließen musste. Die gesetzliche Regelung, welche die Teilprivatisierung vorsah, ebenso wie die Entscheidung des Berliner Verfassungsgerichtshofs betrafen die konkrete tatsächliche aktien-, insbesondere konzernrechtliche Umsetzung nicht.

Auf den Weisungsausschuss konnte im konkreten Fall jedenfalls nicht für die Beantwortung der Frage, ob das demokratisch notwendige Legitimationsniveau für das Handeln der Anstalt erreicht wurde, abgestellt werden. Denn die Art und Weise seiner Einrichtung war gesetzlich unklar normiert: es war nicht eindeutig, ob er tatsächlich überwiegend mit vom Land Berlin bestellten Vertretern besetzt werden sollte. Außerdem bestand keine inhaltliche Einflussnahmemöglichkeit auf die vom Vorstand der Holding-AG zu erteilenden Weisungen<sup>1352</sup>. Der Weisungsausschuss hatte über den Zustimmungsvorbehalt lediglich die Befugnis erhalten, Entscheidungen des Vorstandes (der Holding-AG) zu verhindern. Eine unternehmerische, von der öffentlichen Hand getragene Steuerung ist aber damit nicht verbunden gewesen. Effektiver Einfluss auf die Unternehmensgeschicke kann nur nehmen, wer Leitungsentscheidungen positiven materiellen Gehalt geben kann. Ein Weisungsrecht von Vertretern der öffentlichen Hand war nicht vorgesehen.

Eine ständige Blockade von Vorstandsweisungen hätte zumindest dazu geführt, dass die BWB keine Weisungen hätten beachten müssen, sondern nur den Entscheidungen ihres eige-

---

<sup>1349</sup> BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 ff.

<sup>1350</sup> BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 (795).

<sup>1351</sup> Und nur diese war Gegenstand der Entscheidung, nicht aber die tatsächliche Umsetzung.

<sup>1352</sup> *Ochmann*, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 126.

nen Vorstandes unterlegen hätte, denn auch im Rahmen von Beherrschungsverträgen bleibt die Unternehmensführung des beherrschten Unternehmens (der BWB) dessen geschäftsführendem Organ überantwortet<sup>1353</sup>. Der Vorstand der Anstalt selbst war unbeschränkt demokratisch legitimiert. Die Sicherung des Einflusses der öffentlichen Hand stand allerdings unter der Prämisse, dass der Weisungsausschuss ordnungsgemäß besetzt war und er seine Befugnisse auch in diesem Sinne wahrnehmen würde. Zu bedenken blieb die Weisungsunabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder und der damit einhergehenden Unabhängigkeit des Aufsichtsrats. Dieser konnte frei über die Einrichtung und Besetzung von (Unter-)Ausschüssen entscheiden. Auch vermochte eine den Werkausschuss konstituierende Geschäftsordnung dessen Einrichtung und Besetzung nicht dauerhaft zu sichern, da die Geschäftsordnung jederzeit geändert werden konnte<sup>1354</sup>.

Außerdem ist bereits der Topos des Berliner Verfassungsgerichtshofs fraglich, es gelte das Prinzip der doppelten Mehrheit, ist es doch, wenn überhaupt, nur – als Abweichung von dem Erfordernis der uneingeschränkten personellen demokratischen Legitimation sämtlicher Mitglieder eines Kollegialorgans – umsetzbar, wenn es um Entscheidungen und Maßnahmen geht, die den Amtsauftrag in seinem Kern nicht wesentlich berühren.

Es mag dahinstehen, ob die Entscheidungen des Aufsichtsrats an sich demokratischen Anforderungen genügen<sup>1355</sup>, der Vorstand besaß jedenfalls keine ausreichende demokratische Legitimation<sup>1356</sup>.

Aufgrund der soeben dargestellten Unwägbarkeiten vor allem bei der Errichtung und Besetzung eines Weisungsausschusses spricht einiges dafür, dass ein Legitimationsdefizit bei der Konstruktion der Berliner Wasserbetriebe und ihrer Einbindung in die Holding-Struktur vorlag.

#### **d. Anstalt als beherrschtes Unternehmen**

Mag auch – wie im Falle der Berliner Wasserbetriebe – die zugrundeliegende gesetzliche Regelung verfassungsgemäß sein, so zeigen sich doch bei der praktischen Umsetzung in der Re-

---

<sup>1353</sup> Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 127.

<sup>1354</sup> Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 128; vgl. § 107 Abs. 3 S. 1 AktG.

<sup>1355</sup> Dafür: Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 119 – trotz der auch hier auftretenden Mitbestimmungsproblematik.

<sup>1356</sup> Ochmann, Rechtsformwahrende Privatisierung von AöR, S. 121.

gel Schwierigkeiten. Grundsätzlich steht außer Frage, dass die Anstalt in Konzernstrukturen eingeflochten werden, insbesondere dass sie beherrschtes Unternehmen sein kann<sup>1357</sup>. Diese trivial klingende Feststellung ist nicht selbstverständlich, sprechen die §§ 291 ff. AktG doch davon, dass eine AG oder eine KGaG ihre Leitung einem anderen Unternehmen als herrschendes unterstellen können. Die Anstalt wird nicht als beherrschbares Unternehmen genannt. Grundsätzlich anerkannt ist indes, dass auch andere Rechtsformen als Untergesellschaften in Betracht kommen<sup>1358</sup>, die §§ 291 ff. AktG mithin analog angewandt werden können. Denn die Gefahr, dass der herrschende Unternehmer-Gesellschafter seine Einflussmöglichkeiten und Befugnisse zum Nachteil der Gesellschaft geltend macht, besteht auch in Unternehmen anderer Rechtsform<sup>1359</sup>.

Konstruktiv denkbar ist die Einbindung einer Anstalt als beherrschtes Unternehmen in einen Konzern. Herrschendes Unternehmen könnte danach eine private Gesellschaft sein, welche die Leitung über die Anstalt übernimmt. Ein Postulat des Demokratieprinzips ist indes, dass die öffentliche Hand stets gesichert über ein Letztentscheidungsrecht verfügt<sup>1360</sup>. Mithin muss eine gesetzliche Kautele vorgesehen sein, dass der Anstalt gegenüber keine Weisungen erteilt werden, die ihrer grundsätzlichen Eigenverantwortung und dem öffentlichen Zweck bei der Aufgabenwahrnehmung widersprechen und zu einer Verletzung des Demokratieprinzips führen<sup>1361</sup>. Der Einfluss des Anstaltsträgers gegenüber den der Anstalt zu erteilenden Weisungen des herrschenden Unternehmens muss gewahrt bleiben. Die Kollegialorgane, die Entscheidungen zur Leitung der Anstalt treffen, müssen nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>1362</sup> zwar nicht in jedem Fall so zusammengesetzt sein, dass alle Mitglieder über individuelle demokratische Legitimation verfügen (Prinzip der doppelten Mehrheit)<sup>1363</sup>. Zur Ausübung von Staatsgewalt gehört jedoch auch die Erteilung von Weisungen im Rahmen der Betätigung des Leitungsrechts des herrschenden Unternehmens, da die Anstalt als beherrschtes Unternehmen zur Umsetzung bei der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe grundsätzlich verpflichtet ist. Daher können demokratisch nicht legitimierte Mitglieder von Kollegialorganen nur dann über

<sup>1357</sup> So *Altmeppen*, in *MöKo AktG*: § 291 Rn. 22; *Veil*, in: *Spindler/Stilz*: § 291 Rn. 4; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*: § 291 Rn. 7 - jeweils mit der Einschränkung, dass aus gesellschafts- bzw. konzernrechtlicher Hinsicht insoweit keine Bedenken bestehen. A.A. LAG Berlin AG 1996, 140, 142 f. = DB 1996, 688 – Berliner Landesbank.

<sup>1358</sup> *Veil*, in: *Spindler/Stilz*: § 291 Rn. 4; *Altmeppen*, in *MüKo AktG*: § 291 Rn. 19; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*: § 291 Rn. 6 f.; *Brandi*, NZG 2003, 889 (893) – für die SE mit Sitz in der BRD.

<sup>1359</sup> BGH NJW 1980, 231.

<sup>1360</sup> BerlVerfGH NVwZ 2000, 794.

<sup>1361</sup> Vgl. BerlVerfGH NVwZ 2000, 794 (795).

<sup>1362</sup> BVerfGE 93, 37 (72).

<sup>1363</sup> Für Maßnahmen, die den Amtsauftrag nicht schwerpunktmäßig und wesentlich betreffen: BVerfGE 93, 37 (72 f.).



Mitwirkungsbefugnisse und Möglichkeiten zur Influenzierung der Anstaltsleitung verfügen, wenn es um Maßnahmen geht, die für die Erfüllung des Amtsauftrages nicht von erheblicher Bedeutung sind. Im Rahmen der konzernrechtlichen Einbindung einer Anstalt ist es daher unabdingbar, die Einwirkungsmöglichkeiten des herrschenden Unternehmens zu begrenzen.

Die Ausgestaltung von Unternehmensverträgen, deren Abschluss im Rahmen der Konzernierung notwendig wird, um dem Gebot demokratischer Legitimation gerecht zu werden, bereitet aufgrund der Komplexität und Undurchsichtigkeit entsprechender Vertragswerke Schwierigkeiten. In der Zukunft auftretende Störungen der vertraglichen Beziehung werden wohl kaum in allen Einzelheiten vorausgesehen und einer Regelung unterworfen werden können. Hinzu kommt das der Erfüllung des öffentlichen Zwecks entgegengerichtete Interesse des beteiligten Privaten an der Sicherung der Wirtschaftlichkeit des Unternehmens und der Gewinnerzielung. Mit anderen Worten erscheint fraglich, ob in den Unternehmensverträgen auch das umgesetzt wird, was gesetzlich vorgezeichnet ist. Daher ist gegenüber dem Holding-Modell Zurückhaltung geboten. Darauf sollte nur zurückgegriffen werden, wenn erstens eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt und wenn es sich zweitens um überschaubare Unternehmensstrukturen handelt, in denen die Verwirklichung verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht in Frage steht.

#### **e. Beleihung Privater mit Anstaltsträgerschaft?**

Eine Beteiligung Privater im weiteren Sinne an Anstalten des öffentlichen Rechts kann auch in Form einer Beleihung in Betracht gezogen werden. Beleihung bedeutet die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private in eigenem Namen auf gesetzlicher Grundlage; Gegenstand ist mithin die Übertragung einzelner hoheitlicher Aufgaben. Diskutiert wird im Schrifttum die Übernahme der Anstaltsträgerschaft durch Private<sup>1364</sup>. So wurde in der Vergangenheit etwa die Trägerschaft an der Bayerischen Landesbank vollständig auf eine Juristische Person des Privatrechts übertragen<sup>1365</sup>. Die vormals einzigen Träger der Anstalt (Freistaat Bayern und der Sparkassenverband Bayern) haben sich in diesem Zusammenhang an der juristischen Per-

<sup>1364</sup> *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*: Verwaltungsrecht II, § 86 Rn. 17 mit Hinweis auf die Schulen, deren Trägerschaft in privater Hand liegen könne; *Wolfers/Kaufmann*, DVBl. 2002, 507 (508 f.). Regelmäßig ist mit der Übertragung der Anstaltsträgerschaft auch die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe – und damit einhergehend die Entlastung des Verwaltungsapparates – verbunden: *Helmrich/Schick*, BKR 2003, 882 (885).

<sup>1365</sup> Übertragung auf die BayernLB Holding AG, vgl. [http://www.bayernlb.de/internet/media/internet\\_4/de\\_1/downloads\\_5/0100\\_corporatecenter\\_8/1051\\_emissionsgeschaefte\\_2/030\\_alt\\_bp\\_nt\\_reg\\_1/N11VkPr\\_UVP\\_190506.pdf?downloadOID=26318](http://www.bayernlb.de/internet/media/internet_4/de_1/downloads_5/0100_corporatecenter_8/1051_emissionsgeschaefte_2/030_alt_bp_nt_reg_1/N11VkPr_UVP_190506.pdf?downloadOID=26318), S. 4, zuletzt aufgerufen am 08.10.2016 um 13:02 Uhr.

son mehrheitlich Aktien übertragen lassen. Dies wiederum macht aus Sicht Privater eine Investition in die Anstalt weniger attraktiv<sup>1366</sup>.

Eine Beleihung erfolgt in der Regel im Wege des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit dem Privatrechtssubjekt und dem bisherigen Anstaltsträger, der Kommune<sup>1367</sup>. Zum Teil werden nur solche Privatrechtssubjekte als beleihungsfähig erachtet, an denen die öffentliche Hand nicht mehrheitlich beteiligt ist<sup>1368</sup>. Ausgangspunkt dieser Ansicht ist die Definition der Beleihung als Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben durch Private und nicht lediglich auf privatrechtlicher Basis (im Sinne des Verwaltungsprivatrechts). Die öffentliche Hand solle nicht in die Formen des Privatrechts flüchten dürfen, sich auf die Ebene der Gleichordnung begeben, und dennoch die Vorteile der unmittelbaren Ausübung von Hoheitsgewalt erhalten können. Nach anderer Ansicht sei gleichwohl eine Beleihung zulässig<sup>1369</sup>. Die Ablehnung der Beleihungsfähigkeit beruhe nur auf bloßer Begriffsjurisprudenz, namentlich auf der weiten oder engen Auslegung des Begriffs der Beleihung. Zudem sei die Beleihung nur ausnahmsweise und vorbehaltlich staatlicher Kontrolle zulässig. Demgegenüber stelle eine Beherrschung durch die öffentliche Hand eine geringere Abweichung gegenüber dem Normalfall der Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch die öffentliche Hand dar. Für die zweite Ansicht spricht, dass die öffentliche Hand sich durch die Wahl der privaten Organisationsform auf die Ebene des Privatrechts begibt und damit nicht mehr in die unmittelbare Verwaltung eingegliedert ist. Sie ist daher den Privatrechtssubjekten grundsätzlich gleich zu stellen ist, vorbehaltlich der Bindungen, denen sie aufgrund Verfassungs- und einfachen Rechts unterliegt. Außerdem ist nicht einzusehen, warum sie nicht öffentliche Gewalt vermöge des Beleihungsaktes ausüben können sollte, wenn sie auch die Möglichkeit hätte, eine öffentlich-rechtliche Rechtsform beizubehalten, die zur unmittelbaren Ausübung von Staatsgewalt berechtigen würde. Substantielle Gefahren aufgrund des Beleihungsaktes bestehen ferner nicht. Staatsgewalt wird nicht (jedenfalls nicht endgültig) entäußert, kann durch entsprechende Änderung der (notwendigen) gesetzlichen Ermächtigung<sup>1370</sup> auch rückgängig gemacht werden<sup>1371</sup>.

---

<sup>1366</sup> *Helmrich/Schick*, BKR 2003, 882 (884).

<sup>1367</sup> *Helmrich/Schick*, BKR 2003, 882 (885).

<sup>1368</sup> *Peine*, LKV 1996, 352 (353 f.).

<sup>1369</sup> *Schmitz*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 1 Rn. 246; *Helmrich/Schick*, BKR 2003, 882; *Wolfers/Kaufmann*, DVBl. 2002, 507 (509 f.).

<sup>1370</sup> Da der Beliehene Hoheitsgewalt ausübt.

<sup>1371</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 21.07.1997 – 7 K 7532/95 = BeckR 1997, 22535.

Ungeachtet dessen besteht für die kommunalen Anstalten eine gesetzliche Grundlage für die Beleihung mit der Anstaltsträgerschaft jedoch bisher nicht.

Um dies zu ermöglichen, wäre neben der Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für den Beleihungsakt auch notwendig, begleitende Regelungen zu schaffen, welche die Aufgabenwahrnehmung im Allgemeininteresse sicherstellen. Private Influenzierungen bergen die Gefahr der Entfernung vom öffentlichen Zweck aufgrund Profitstrebens. Außerdem muss der Beliehene staatlicher Aufsicht unterworfen werden, um dem demokratischen Erfordernis der Verantwortung gegenüber dem Volk gerecht zu werden<sup>1372</sup>. Vor diesem Hintergrund kann auf eine gesetzliche Normierung nicht verzichtet werden, die Inhalt und Umfang der Aufgabenübertragung festlegt sowie Bedingungen für die Rückübertragung. Sachlich-inhaltlich wird damit nämlich dem demokratischen Gebot Rechnung getragen. Ob neben der unabdingbaren Rechtsaufsicht, welcher der Beliehene unterläge, auch eine Fachaufsicht mit Weisungsbefugnissen bestünde, hängt davon ab, ob es sich bei der von der Anstalt wahrgenommenen Aufgabe um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelt<sup>1373</sup>. Nur bei Aufgaben, welche zum übertragenen Wirkungskreis gehören, ist eine Fachaufsicht mit Weisungsrechten zulässig, über welche ein Beliehener gesteuert werden kann. Vor diesem Hintergrund werden sich private Investoren, sofern das Unternehmen nicht offensichtlich gewinnbringend erscheint, davor scheuen, ihr Kapital und ihren Sachverstand einzubringen und die Anstaltsträgerschaft zu übernehmen, wenn aufsichtsrechtliches Einschreiten in sachlicher Hinsicht droht.

Daneben muss bedacht werden, dass Private in der Regel nur dann an Investitionen interessiert sind und sich zur Übernahme der Anstaltsträgerschaft bereit erklären werden, wenn sie über eine gesicherte Rechtsposition verfügen, mithin der Beleihungsakt nicht jederzeit rückgängig gemacht werden kann, sondern von gewisser Dauer ist<sup>1374</sup>. Die Amortisation von Investitionen oder der Einsatz von Ressourcen ist in der Regel erst nach einem längeren Zeitraum zu erwarten. Die Positionierung des Unternehmens am Markt – insbesondere wenn ihm ein neues Konzept zugrunde gelegt werden soll – benötigt Zeit für die Akzeptanz bei den Benutzern der Anstalt. Wann und wie das Beleihungsverhältnis zu beenden ist, hängt von der Art seiner Begründung ab. Vertragsrechtliche Regelungen gelten bei der Begründung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, bei einer Beleihung durch Gesetz ist ebenfalls eine gesetzliche Regelung zur Beendigung notwendig. Sofern der Beleihung ein Verwaltungsakt zugrunde

---

<sup>1372</sup> Helmrich/Schick, BKR 2003, 882 (886).

<sup>1373</sup> Dort ist nur eine Rechtsaufsicht zulässig, vgl. § 117 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1374</sup> Helmrich/Schick, BKR 2003, 882 (886 f.).

liegt, gelten grundsätzlich auch die Regelungen der §§ 48 ff. VwVfG der Länder<sup>1375</sup>. Letztlich wird der Beleihungsakt immer dann rückgängig gemacht werden können, wenn schwerwiegende Nachteile für das Gemeinwohl drohen. Der Private wird dadurch aber nicht stärker belastet, als wenn er mit Privatrechtssubjekten kontrahiert, hinter denen auch nicht mittelbar die öffentliche Hand steht, denn das Berufen auf die *clausula rebus sic stantibus* ist ein im Zivilrecht allgemeine Geltung beanspruchender Grundsatz. Der Investor muss also auch im Privatrechtsverhältnis damit rechnen, dass die vertragliche Beziehung endet, wenn sich deren grundlegende Umstände geändert haben.

Ferner sei angemerkt, dass eine der Anstalt zugewiesene Aufgabe von dieser nicht umfassend auf Private (ohne Beleihung) zur Erfüllung über den Abschluss von Geschäftsbesorgungsverträgen übertragen werden kann. Die Festlegung der Zuständigkeit der Anstalt zur Wahrnehmung einer Aufgabe verbietet es, dass diese sich ihrer Handlungsfähigkeit entkleidet, kommt doch in den Zuständigkeitsnormen zugleich zum Ausdruck, dass der Kompetenzinhaber auch selbst die ihm eingeräumten Kompetenzen auszuüben hat<sup>1376</sup>.

## **6. Finanzierung**

In Ermangelung einer Möglichkeit, private Kapitalgeber unmittelbar an der Anstalt zu beteiligen, der Anstaltsträger die Ausstattung mit Stammkapital und personellen sowie sachlichen Mitteln selbst übernehmen muss, scheint diese Unternehmensform gegenüber derjenigen der Kapitalgesellschaft unattraktiv zu sein. Wie sich nachfolgend zeigt, lässt sich dieser Eindruck nicht bestätigen. Die zur Verfügung stehenden Finanzierungsmethoden können das Manko der unmittelbaren Beteiligungsmöglichkeit grundsätzlich wettmachen.

### **a. Eigenfinanzierung**

Vornehmlich hat sich die Anstalt über die Gestaltung von Preisen und Tarifen hinsichtlich der von ihr angebotenen Leistungen zu finanzieren. Da eine Gewinnerwirtschaftung im Prinzip möglich ist, kann die AöR durch erzielte Profite auch Rücklagen bilden und ihr Eigenkapital aufstocken. Erhebt die Anstalt Gebühren, sollen diese der Höhe nach grundsätzlich so bemessen sein, dass sie die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten decken,

---

<sup>1375</sup> *Helmrich/Schick*, BKR 2003, 882 (887).

<sup>1376</sup> ThürOVG ThürVBl. 2010, 110 (111).

§ 12 Abs. 2 S. 1 ThürKAG<sup>1377</sup>. Zu berücksichtigen bleibt allerdings, dass die Höhe der Gebühren nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten bemessen sein muss. Dabei ist das Sozialstaatsprinzip zu beachten, aus dem sich ergibt, dass für das Gemeinwesen wesentliche Leistungen der Anstalt zu sozial akzeptablen Bedingungen angeboten werden müssen.

Sofern eine Deckung durch Gebühren nicht erzielt werden kann, ist die Aufgabenwahrnehmung durch die Anstalt grundsätzlich über die Anstaltslast<sup>1378</sup> gesichert. Außerdem bestehen die nachfolgend dargestellten Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten.

## **b. Kreditaufnahme**

Die gemeindewirtschaftlichen Vorschriften stipulieren eine Subsidiarität der Finanzierung durch Kredite zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegenüber anderen Formen der Finanzierung<sup>1379</sup>. Das kommunale Haushaltsrecht dient dementsprechend auch der Kontrolle und Lenkung des Einsatzes kommunaler Finanzen, der Verlustbegrenzung und der Verwirklichung des Prinzips der Sparsamkeit<sup>1380</sup>.

Die Kreditaufnahme ist grundsätzlich nur für Investitionen, Investitionsfördermaßnahmen oder Umschuldungen zulässig<sup>1381</sup>. Die Kreditverpflichtungen müssen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde in Einklang stehen und ihr Gesamtbetrag bedarf der Genehmigung im Rahmen der Haushaltssatzung<sup>1382</sup>. Zur Sicherung eines gewährten Kredits darf die Gemeinde ferner grundsätzlich keine Sicherheiten bestellen, es sei denn, die Rechtsaufsichtsbehörde lässt wegen der Verkehrsüblichkeit der zu bestellenden Sicherheit eine Ausnahme zu<sup>1383</sup>. Diese Vorgaben betreffen nur die Gemeinde unmittelbar. Die Umsetzung dieser Normen muss aber in die kommunalen Unternehmen verlängert werden, da sie sonst unterlaufen zu werden drohen. Denn aus einem Umkehrschluss aus § 76c Abs. 2 S. 1 ThürKO ergibt sich, dass die Gemeinde als solche bindenden kommunalhaushaltsrechtlichen Bindungen für die Anstalt als rechtlich selbständige Einrichtung **direkt nicht gelten**<sup>1384</sup>. Die Anwendbarkeit der haushaltsrechtlichen Grundsätze ist daher konsequent durch § 74 Abs. 1 ThürKO abgesi-

---

<sup>1377</sup> Kapitel 3 E. II.

<sup>1378</sup> Sofern keine unionsrechtlichen Friktionen bestehen.

<sup>1379</sup> Siehe nur § 54 Abs. 3 ThürKO.

<sup>1380</sup> *Mehde*, in: *Maunz/Dürig*: Art. 28 GG Rn. 78; *Geißler*, Kommunale Haushaltskonsolidierung, S. 62.

<sup>1381</sup> § 63 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1382</sup> § 66 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1383</sup> § 66 Abs. 6 ThürKO. Zum Komplex der durch die Gemeinde abgegebenen harten Patronatserklärungen zugunsten kommunaler Eigengesellschaften, insbesondere zur fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit wegen nicht erteilter Genehmigungen siehe *Maslaton*, NVwZ 2000, 1351 ff.

<sup>1384</sup> So auch *Lange*, Beteiligung Privater an AöR, S. 130

chert worden. Die Norm bestimmt, dass die kommunalen Vertreter in den Organen der Unternehmen der Aufnahme von Krediten nur nach vorheriger Zustimmung des Gemeinderats zustimmen dürfen. Die Zustimmung des Gemeinderats bedarf außerdem der Genehmigung der Kommunalaufsicht. Sinn und Zweck dieses Zustimmungs- und Genehmigungsvorbehalts ist der Schutz des kommunalen Vermögens und der Leistungsfähigkeit<sup>1385</sup>. Bis zur Erteilung der Genehmigung vorgenommene Rechtsgeschäfte sind schwebend unwirksam; der Kommune ist es auch nicht nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen<sup>1386</sup>.

Für Unternehmen in Privatrechtsform gelten die Zustimmungs- und Genehmigungsvorbehalte zwar gleichermaßen, da es aber an einer Anordnung entsprechend § 76c Abs. 2 S. 1 ThürKO mangelt, besitzen diese Vorbehalte ungleich größeres Gewicht.

Die Notwendigkeit einer Kreditaufnahme zur Finanzierung des anstaltlichen Wirkens ist angesichts der den Anstaltsträger treffenden Anstaltslast<sup>1387</sup> ohnehin von eher untergeordneter Bedeutung.

### **c. Kapitalmäßige Beteiligung Dritter**

Die Beschaffung von Kapital kann über die Gründung einer stillen Gesellschaft erreicht werden, in welcher sich ein Dritter kapitalmäßig beteiligt. Auf eine Holding-Konstruktion nach Art der BWB sollte indes wegen der Gefahr der Verwässerung und Verunklarung von Verantwortlichkeiten und wegen der abnehmenden Steuermöglichkeiten des Unternehmers verzichtet werden. Gleiches gilt auch für eine atypische stille Gesellschaft, an welcher sich die Anstalt mangels gesetzlicher Grundlage in den Gemeindeordnungen ohnehin nicht beteiligen darf.

### **d. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit**

Über die Gründung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt des öffentlichen Rechts können sich die Beteiligten (Gemeinden und Landkreise) zur gemeinsamen Aufgabenerledigung zusammenschließen. Diese haben einen bestimmten Betrag als Einlage auf das Stammkapital zu leisten<sup>1388</sup>. Die Beteiligten tragen dann auch gemeinschaftlich die Anstaltslast.

---

<sup>1385</sup> Vgl. *Maslaton*, NVwZ 2000, 1351 (1353).

<sup>1386</sup> *Maslaton*, NVwZ 2000, 1351 (1353); *Brenner*, LKV 2002, 7 (9).

<sup>1387</sup> Vgl. § 9 Abs. 2 S. 3, 4 ThürAVO.

<sup>1388</sup> § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ThürKGG.

Sofern eine Anstalt in finanzielle Nöte gerät und sofern die der Anstalt zugewiesene Aufgabe gemeindegebietsübergreifend wahrgenommen werden kann, kommt ein Beitritt weiterer Beteiligter i.S.d. § 43 Abs. 1 S. 2 ThürKGG in Betracht.

#### **e. US-Leasingfinanzierung**

Liquidität kann sich die Anstalt über eine US-Leasingfinanzierung beschaffen. Zunächst vermietet die Anstalt durch Abschluss eines Hauptmietvertrags Vermögensgegenstände an eine US-amerikanische Trust, welche diese sogleich an die Anstalt zurückvermietet mit der Option des Rückkaufs nach Ablauf des Rückmietvertrags<sup>1389</sup>. Der Finanzierungsvorteil der Anstalt besteht darin, dass die Trust beim Abschluss des Hauptmietvertrages sämtliche Mietzahlungen als Vorauszahlung erbringt<sup>1390</sup>. Die Miete für den Rückmietvertrag erbringt die Anstalt entweder selbst oder über eine Bank. Durch den Abschluss des US-Leasingfinanzierungsgeschäfts verliert die Anstalt nicht ihr **wirtschaftliches** Eigentum an den Vermögensgegenständen, ist sie doch die einzige, die das Wirtschaftgut nutzen kann und seine Lasten zu tragen hat, sodass steuerliche Nachteile nicht zu befürchten sind<sup>1391</sup>. Dies gilt jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass die Kommune ihre Berechtigung am Vermögensgegenstand nach Auslaufen des Rückmietvertrages nicht verliert, was sie durch die Ausübung ihrer Option beeinflussen kann.

Nach § 64 Abs. 1 ThürKO bedürfen kreditähnliche Geschäft der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Da die Anstalt aber das (wirtschaftliche) Eigentum an den vermieteten Gegenständen behält, dürfte es sich vielmehr um eine Vermögensverwaltung, denn um ein Kreditgeschäft handeln. Da die Anstalt aufgrund der Vorauszahlung der gesamten Hauptmietzinssumme einen Geldbetrag erhält, aber fortlaufend zur Zahlung des Rückmietzinses verpflichtet ist, könnte die Kommunalaufsicht zu anderer Ansicht gelangen. Unsicher erscheint daher die Handhabung dieser Finanzierungs konstruktion in der Praxis. Eine vorherige Abstimmung mit der Aufsichtsbehörde erscheint daher angezeigt.

#### **f. Anspruch auf aufgabenangemessene Finanzausstattung**

Sofern finanzielle Engpässe bestehen, die auch nicht durch die Gemeinde als Anstaltsträgerin

---

<sup>1389</sup> *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299 (1300).

<sup>1390</sup> *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299 (1300).

<sup>1391</sup> *Laudenklos/Pegatzky*, NVwZ 2002, 1299 (1300).

ausgeglichen werden können, kommt ein Rückgriff auf den Anspruch auf aufgabenangemessene Finanzausstattung i.S.d. Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG in Betracht. Daraus folgt jedoch nicht zwingend die Garantie, die kommunale Erwerbswirtschaft zu finanzieren<sup>1392</sup>. Zumal die Kommunen keinen eigenen Finanzierungsanspruch gegen den Bund haben. Untermauert wird dies durch Art. 84 Abs. 1 S. 7 und Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG, wonach der Bund den Gemeinden und Gemeindeverbänden keine Aufgaben übertragen darf.

Die Konnexitätsregelungen in den Verfassungen der Bundesländer<sup>1393</sup> errichten gleichlaufend die notwendige Brücke. Entstehen den Kommunen durch eine landesrechtliche Aufgabenübertragung Mehrbelastungen, sind diese auszugleichen<sup>1394</sup>. Damit korrespondiert ein Anspruch der Gemeinden, der die kommunale Finanzhoheit absichert<sup>1395</sup>. Über das verfassungsrechtlich Vorgeschriebene gehen die Finanzausgleichsgesetze der Länder hinaus. Nach § 2 Abs. 1 ThürFAG werden in Ergänzung der eigenen kommunalen Einnahmekraft zur angemessenen Erfüllung der eigenen und der übertragenen Aufgaben Finanzmittel aus der Finanzausgleichsmasse zur Verfügung gestellt. Mehrbelastungen wegen der Übertragung von Aufgaben werden nach § 23 ThürFAG ausgeglichen. Für eigene Aufgaben werden Bedarfsausgleichsleistungen nach Maßgabe von § 25 ThürFAG aus dem Landesausgleichsstock gewährt. Durchsetzbar ist der Anspruch der Gemeinde freilich nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Landes.

Befinden sich Anstalten in finanziellen Nöten, erlangen sie die notwendigen Mittel nicht unmittelbar vom Land, sondern von den Gemeinden als Anstaltsträger, welche den Ausgleichsanspruch geltend machen können.

## **7. Handlungsformen und Rechtsverhältnisse**

Einer Betrachtung zu unterziehen sind auch die Handlungsformen, derer sich die AöR bedienen kann, sowie die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse, in denen sie sich wiederfindet.

---

<sup>1392</sup> *Badura*, DÖV 1998, 818 (823).

<sup>1393</sup> Bsp. Art. 83 Abs. 3 BayVerf; Art. 93 Abs. 1 ThürVerf.

<sup>1394</sup> *Zieglmeier*, NVwZ 2008, 270.

<sup>1395</sup> *Zieglmeier*, NVwZ 2008, 270.



### **a. Rechtsverhältnis zum Anstaltsträger**

Das Rechtsverhältnis zum Anstaltsträger ist öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Wie gesehen unterliegt auch die Übertragung der Anstaltsträgerschaft im Wege der Beleihung dem öffentlichen Recht.

### **b. Wahlfreiheit bei der Handlungsform**

Außerhalb der Ordnungs- und Abgabenverwaltung<sup>1396</sup> kann die Verwaltung ihre Aufgaben grundsätzlich in öffentlich- wie privatrechtlicher Form erledigen, d.h. die Anstalt kann wählen, welches Rechtsregime hinsichtlich des Leistungs- bzw. Benutzungsverhältnisses zur Anwendung gelangen soll. Ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen kann hingegen nur auf die privatrechtlichen Handlungsformen zurückgreifen, sofern nicht ein Fall seiner Beleihung – d.h. der Ausstattung mit Hoheitsrechten – vorliegt. Die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Anstalt ist demgegenüber flexibler.

In Bereichen der Bedarfsdeckung – der Beschaffung von Sachmitteln und Dienstleistung – schließt die Anstalt unter Anwendung der Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts und bei Aufträgen oberhalb festgelegter Schwellenwerte nach den Regeln des Vergaberechts privatrechtliche Verträge ab<sup>1397</sup>.

Einseitig hoheitlich, d.h. unter Einsatz von Zwangsmitteln, ohne die Gerichte bemühen zu müssen, darf die Anstalt nur tätig werden und ihre Ansprüche vollstrecken, wenn hierfür eine besondere öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage besteht. Mittels Verwaltungsaktes kann sich die Anstalt einen Vollstreckungstitel selbst beschaffen. Zum Erlass muss sie allerdings aufgrund besonderer Rechtsgrundlage befugt sein<sup>1398</sup>. Eingriffe allein aufgrund einer besonderen Anstaltsgewalt sind unter Geltung des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechte ausgeschlossen<sup>1399</sup>. Eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass von Verwaltungsakten ist in Thüringen in § 76a Abs. 2 S. 4 ThürKO geschaffen worden. Kommen die verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse durch Satzung bzw. durch Benutzung unter Geltung einer Anstaltsordnung zustande, ist fraglich, ob die in diesen Rechtssätzen gegebenenfalls stipulierten Haf-

---

<sup>1396</sup> Abgaben können nur aufgrund einer besonderen Satzung erhoben werden, § 2 Abs. 1 ThürKAG, s.o.  
<sup>1397</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 20 ff., mit Hinweis auf die von Teilen in der Rechtsprechung und im Schrifttum ventilierte Anwendung der Zweistufentheorie für Aufträge im unterschwelligen Bereich.  
<sup>1398</sup> Bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses scheidet diese Möglichkeit jedenfalls aus.  
<sup>1399</sup> VGH Mannheim NVwZ-RR 2007, 459 (461) und NVwZ-RR 2003, 142 (144); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 54; a.A. noch OVG Münster NVWZ-RR 2003, 297 *Hurst*, in: *Peters*: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis 1957, Bd. 2, S. 846.

tungsbeschränkungen entsprechend § 276 Abs. 3 BGB zur Anwendung gelangen. Dagegen spricht, dass solche Beschränkungen nicht vereinbart, sondern einseitig festgesetzt wurden. Für eine analoge Anwendung spricht jedoch, dass das Fehlerfolgenregime im öffentlichen Recht nur unvollständig bzw. nicht<sup>1400</sup> geregelt ist, die Interessenlage der Anstaltsnutzer jedoch Privatpersonen im Zivilrechtsverkehr ähnelt<sup>1401</sup> und es außerdem von bloßen Zufälligkeiten, namentlich der an Zweckmäßigkeitss Gesichtspunkten orientierten Entscheidung der öffentlichen Hand abhängt, ob das Leistungsverhältnis privat- oder öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist.

### **c. Benutzungsverhältnis**

Das Benutzungsverhältnis betrifft die rechtliche Beziehung zwischen der Anstalt und dem Bürger, der die Leistung des Unternehmens in Anspruch nimmt.

Das Benutzungsverhältnis wird bzw. wurde auch als besonderes Gewaltverhältnis, als eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung verstanden<sup>1402</sup>. Dieses Verhältnis begründet zwar einen Sonderstatus an Rechten und Pflichten, ein rechtsfreier Raum besteht jedoch nicht<sup>1403</sup>: Für die Inanspruchnahme von Rechtsschutz können sich in bestimmten Rechtsverhältnissen (etwa in einer Strafanstalt) Besonderheiten ergeben<sup>1404</sup>, nicht jedoch innerhalb einer kommunalen Anstalt. Hier gelten die allgemeinen Grundrechtslehren uneingeschränkt<sup>1405</sup>.

Die Benutzung von Anstalten erfolgt in der Regel freiwillig, kann aber auch zwingend vorgeschrieben sein<sup>1406</sup>.

Das Benutzungsverhältnis wird in der Regel durch – nicht notwendigerweise satzungsförmige – Anstaltsordnungen konkretisiert<sup>1407</sup>. Diese unterliegen der oberverwaltungsgerichtlichen Kontrolle nach § 47 VwGO. Auch wenn das Benutzungsverhältnis durch Satzung geregelt wird, muss dieses nicht zwingend öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein, die Satzung kann auch die Geltung des Zivilrechtsregimes für das Leistungs-/Benutzungsverhältnis anordnen<sup>1408</sup>. In

---

<sup>1400</sup> Lediglich für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Verträge ist eine entsprechende Anwendung zivilrechtlicher Regelungen angeordnet, vgl. § 62 S.2 VwVfG des Bundes bzw. der Länder.

<sup>1401</sup> Vgl. Heintzen, NVwZ 1992, 857 (858).

<sup>1402</sup> Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig: Art. 19 GG Rn. 84; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 14.

<sup>1403</sup> Vgl. BVerfGE 33, 1 ff. – Strafgefangenenentscheidung.

<sup>1404</sup> Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig: Art. 19 GG Rn. 85.

<sup>1405</sup> Innerhalb einer Justizvollzugsanstalt hingegen können sich die zwangsweise eingewiesenen Benutzer – die Strafgefangenen – nicht vollumfänglich auf Grundrechte berufen, so ist etwa die Versammlungsfreiheit eingeschränkt: Depenheuer, in: Maunz/Dürig: Art. 8 GG Rn. 102.

<sup>1406</sup> S.o.: Anschluss- und Benutzungszwang.

<sup>1407</sup> E. Schmidt-Aßmann, in: in: Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 3, S. 200.

<sup>1408</sup> Stelkens, in: S/B/S: VwVfG, § 35 Rn. 118.

der Rechtsprechung ist anerkannt, dass für Leistungsstörungen in den öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnissen die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts analog anwendbar sind<sup>1409</sup>.

Z.T. wird auch der Erlass einer benutzungsregelnden Allgemeinverfügung<sup>1410</sup> für zulässig erachtet<sup>1411</sup>. Wann die Notwendigkeit des Erlasses einer Satzung, Rechtsverordnung oder eines Gesetzes besteht und wann eine Regelung durch Allgemeinverfügung ausreichend ist, ist noch nicht geklärt. Auf letztere soll jedenfalls dann zurückgegriffen werden können, wenn lediglich die interne Anstaltsordnung resp. der Anstaltsalltag grob reglementiert werden soll<sup>1412</sup>. In grundrechtssensiblen Bereichen ist nach der Lehre vom Parlamentsvorbehalt und nach der Wesentlichkeitstheorie eine gesetzliche Ermächtigung notwendig<sup>1413</sup>, mit anderen Worten dürfen in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen nicht der Verwaltung überantwortet, sondern müssen vom Gesetzgeber getroffen werden. Die Reichweite des Parlamentsvorbehalts bestimmt sich nach der Intensität, mit welcher Grundrechte betroffen werden.

Ein formelles Gesetz für die Ausübung hoheitlicher Gewalt, insbesondere die Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten zur Durchsetzung von satzungsförmig getroffenen Regelungen existiert für die Anstalten<sup>1414</sup>.

#### **d. Satzungsrecht und Anschluss- und Benutzungszwang**

Die Gemeinde kann zugunsten der Anstalt – aber auch zugunsten sonstiger öffentlicher Einrichtungen<sup>1415</sup>, die sowohl in öffentlich- wie privatrechtlicher Form organisiert sein können<sup>1416</sup> - durch Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang festlegen<sup>1417</sup>. Dies ist auch dann möglich, wenn das Nutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet wird<sup>1418</sup>.

In Thüringen können die Gemeinden nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ThürKO aus Gründen des öffentlichen Wohls die Verpflichtung zum Anschluss von Grundstücken an Anlagen zur Ver-

<sup>1409</sup> Vgl. BGH NJW 1984, 615 (617); VGH Mannheim NVwZ-RR 1991, 325.

<sup>1410</sup> § 35 S. 2 Var. 3 VwVfG der Länder.

<sup>1411</sup> *Stelkens*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 35 Rn. 339; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 408 f.

<sup>1412</sup> *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 32.

<sup>1413</sup> Vgl. auch *Bethge*, NVwZ 1983, 577 ff.

<sup>1414</sup> Am Beispiel Thüringens in § 76a Abs. 2 ThürKO.

<sup>1415</sup> Vgl. OVG Magdeburg NVwZ-RR 2008, 810.

<sup>1416</sup> *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, S. 243.

<sup>1417</sup> § 76a Abs. 2 S. 2 ThürKO.

<sup>1418</sup> *Stelkens*, in: *S/B/S: VwVfG*, § 35 Rn. 119a; *Pielow/Finger*, JURA 2007, 189 (196).

sorgung mit Fernwärme, zur Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung und ähnliche dem Gemeinwohl dienende Einrichtungen sowie die Verpflichtung zur Benutzung dieser Einrichtungen in Satzungen regeln. Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang können vorgesehen werden und sind auch regelmäßig zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erforderlich<sup>1419</sup>.

Auch ist es möglich, der Anstalt das Satzungsrecht zu übertragen. Inbegriffen ist dann auch die Befugnis zum Erlass der Satzung des Anschluss- und Benutzungszwangs<sup>1420</sup>.

In einigen Bundesländern ist angeordnet, dass mit der Übertragung der von der Anstalt wahrzunehmenden Aufgabe auf diese grundsätzlich auch die Befugnis übergeht, Satzungen und Verordnungen für die übertragene Aufgabe zu erlassen<sup>1421</sup>. Sofern die Anstaltssatzung indes etwas anderes bestimmt, kann aber jedenfalls die Gemeinde einen Anschluss- und Benutzungszwang zugunsten der Anstalt anordnen<sup>1422</sup>.

Der Anschluss- und Benutzungszwang verpflichtet zum Anschluss von Grundstücken an die Anlagen sowie zur Inanspruchnahme der Leistungen der Anstalt und dient der Sicherung der Nachfrage und damit des Bestandes des Unternehmens zum Zwecke der Versorgung der Bevölkerung. Im Vordergrund steht der Benutzungszwang, der Anschlusszwang ist nur eine notwendige Voraussetzung hierfür<sup>1423</sup>. Bedenklich erscheint die Anordnung eines solchen Zwanges, da das Recht des einzelnen, ein im selben Sachbereich entsprechendes Gewerbe zu betreiben, beeinträchtigt wird. Die Ausübung des Gewerbes durch einzelne wird zwar nicht unmöglich gemacht, aber doch weiträumig erschwert<sup>1424</sup>. Der Anschluss- und Benutzungszwang wird in der Regel für die Wahrnehmung notwendiger Aufgaben der Daseinsvorsorge (Abfall- und Abwasserbeseitigung, Wasserversorgung u. Ä.) angeordnet und ist daher durch übergeordnete Interessen des Gemeinwohls gerechtfertigt<sup>1425</sup>. Gegenüber den Betroffenen Bürgern, welchen die Inanspruchnahme der anstaltlichen Einrichtung vorgeschrieben wird, stellt sich der Anschluss- und Benutzungszwang als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums<sup>1426</sup>, jedenfalls als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit dar<sup>1427</sup>. Dem einzelnen wird die Freiheit genommen, zu entscheiden, wie er sein Grundstück nutzt, ob er etwa

---

<sup>1419</sup> Pielow/Finger, JURA 2007, 189 (199). Näheres zu den betroffenen Grundrechten sogleich.

<sup>1420</sup> § 76a Abs. 2 S. 3 ThürKO.

<sup>1421</sup> § 94 Abs. 5 S. 2, 3 BbgKVerf.

<sup>1422</sup> § 94 Abs. 5 S. 4 BbgKVerf.

<sup>1423</sup> BayObLG NVwZ-RR 1999, 785.

<sup>1424</sup> Kahl, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung, § 1 Rn. 19.

<sup>1425</sup> Kahl, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung, § 1 Rn. 19.

<sup>1426</sup> Vgl. Kothe, in: Johlen/Oerder: MAH Verwaltungsrecht, § 13 Rn. 191.

<sup>1427</sup> BVerwG NVwZ 2006, 690 (691); VGH Mannheim NVwZ-RR 2007, 459 (460).

auf alternative Konzepte der Abfallbeseitigung, Abwasserent- und Wasserversorgung oder Wärmeversorgung zurückgreift resp. ob er eine Leistung, welche der Daseinsvorsorge dient, überhaupt in Anspruch nimmt. Jedoch streiten übergeordnete Allgemeinwohlbelange grundsätzlich für die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs, z.B. aus Gründen des Klimaschutzes, der Gesundheit, des Umweltschutzes u. Ä.<sup>1428</sup>.

Um den Anschluss- und Benutzungszwang durchsetzen zu können, bedarf es des Erlasses eines Verwaltungsaktes im Einzelfall<sup>1429</sup>. Dieser kann mit den Mitteln des Verwaltungszwangs vollstreckt werden. Die Anwendung der gesetzlichen Zwangsmittel kann der Gemeinde vorbehalten bleiben, die Kommune kann aber auch die Anstalt dazu ermächtigen, den Anschluss- und Benutzungszwang durchzusetzen<sup>1430</sup>.

Gerade im Bereich des Anschluss- und Benutzungszwangs wird evident, dass die Anstalt **Staatsgewalt** ausübt. Die Anstalt bietet aber aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Organisationsstruktur und insbesondere wegen der demokratischen Legitimation ihrer Entscheidungsträger ausreichend Gewähr für die Einhaltung verfassungsrechtlicher, vor allem grundrechtlicher Standards.

Der Anstalt kann gleichfalls die Befugnis übertragen werden, Satzungen<sup>1431</sup> zu erlassen, die die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der Einrichtung vorsehen<sup>1432</sup>. Diese Gebührensatzungen müssen den Erfordernissen des ThürKAG und – je nach wahrgenommener Aufgabe – ggf. auch sondergesetzlichen Bestimmungen genügen<sup>1433</sup>.

Außerdem kann der Anstalt die Befugnis übertragen werden, die Gebühren nach den kommunalabgabenrechtlichen Vorschriften zu erheben, festzusetzen und zu vollstrecken<sup>1434</sup>, d.h. die Anstalt kann aufgrund der von ihr geschaffenen Gebührensatzung Verwaltungsakte erlassen

---

<sup>1428</sup> BVerwG NVwZ 2006, 690 (692).

<sup>1429</sup> Hange, NVwZ 1989, 1078.

<sup>1430</sup> § 76a Abs. 2 S. 2 ThürKO i.V.m. § 18 Abs. 1 S. 2 ThürKO.

<sup>1431</sup> Nach § 2 Abs. 1 ThürKAG können Abgaben nur aufgrund einer besonderen Satzung erhoben werden.

<sup>1432</sup> § 76a Abs. 2 S. 3 ThürKO. Anstatt Gebühren zu erheben, können die Anstalten wie private Unternehmen Preise festlegen, unterliegen dann aber der privatrechtlichen Preismissbrauchskontrolle: *Bangard/Parulava*, EnZW 2012, 23 (24).

<sup>1433</sup> Für den Bereich des Abwasserrechts ist das Thüringer Ausführungsgesetz zum Abwasserabgabengesetz (ThürAGAbwAG) zu beachten. Das Thüringer Innenministerium hat für die Materie der leitungsgebundenen Einrichtungen der Abwasserversorgung ein Satzungsmuster für eine Beitrags- und Gebührensatzung bekannt gemacht, Thüringer Staatsanzeiger Nr. 31/2001 S. 1674 ff., auf welches die Anstalt ggf. zurückgreifen kann. Empfehlenswert ist dies, weil dann gemäß § 2 Abs. 4a ThürKAG die Genehmigungspflicht für die Gebührensatzung entfällt.

<sup>1434</sup> § 76a Abs. 2 S. 4 ThürKO.

und diese mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchsetzen. Die Gemeinde entlastet sich damit von zusätzlichem Verwaltungsaufwand.

Grundsätzlich darf sich die öffentliche Hand – und damit auch die Anstalt - bei der Erstellung von Gebührenbescheiden im Rahmen der unselbständigen Verwaltungshilfe auch Privater bedienen<sup>1435</sup>. Eine Einziehung der Gebühren durch Private ist hiervon nur umfasst, sofern sich die öffentliche Hand genügend Kontroll- und Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Gebührenfestsetzung vorbehält und ihre Verantwortlichkeit klar nach außen erkennbar ist<sup>1436</sup>. Der selbständige Erlass von Gebührenbescheiden durch juristische Personen des Privatrechts darf hingegen nur bei Beleihung aufgrund eines formellen Gesetzes erfolgen<sup>1437</sup>.

### **e. Zulassung**

Ein Anspruch des Einzelnen auf Zulassung besteht nach Maßgabe der kommunalordnungsrechtlichen Vorschriften für die öffentlichen Einrichtungen<sup>1438</sup>. Im Einzelfall wird über diesen Anspruch durch Verwaltungsakt entschieden<sup>1439</sup>. Das gilt bei Anwendung der Zweistufentheorie auch bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses<sup>1440</sup>.

Der Anspruch auf Zugang zu der öffentlichen Einrichtung ist bei Anstalten grundsätzlich aus Sicht des Bürgers einfacher durchsetzbar. Die Anstalt kann als Rechtsträger selbst unmittelbar auf Zulassung verklagt werden, wohingegen etwa bei hinter einer Behörde stehenden juristischen Personen des Privatrechts Leistungsklage gegen die Behörde erhoben werden müsste, dass diese die erforderlichen privat- bzw. gesellschaftsrechtlichen Handlungen zur Einwirkung auf die Gesellschaft vornimmt, damit der Zugangsanspruch durchgesetzt wird<sup>1441</sup>.

Ein Zugangsanspruch besteht allerdings nur im Rahmen vorhandener Kapazitäten. Sind diese begrenzt, besteht aber ein Überhang an Nachfragern, muss eine Auswahlentscheidung unter Zugrundelegung sachlicher Gesichtspunkte und unter Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) getroffen werden. Es gilt die allgemeine Ermessensfehlerlehre.

---

<sup>1435</sup> VG Chemnitz LKV 2000, 85.

<sup>1436</sup> VG Chemnitz LKV 2000, 85.

<sup>1437</sup> Vgl. BVerwG NJW 1987, 2501 (2502).

<sup>1438</sup> Siehe nur § 14 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1439</sup> Brining, LKV 2000, 54; Stelkens, in: S/B/S: VwVfG, § 35 Rn. 118.

<sup>1440</sup> VGH München NJW 2013, 249 (250); Stelkens, in: S/B/S: VwVfG, § 35 Rn. 119.

<sup>1441</sup> Stelkens, in: S/B/S: VwVfG, § 35 Rn. 120a.

## 8. Rechnungswesen

In Thüringen besteht im Bereich des Rechnungswesens ein Wahlrecht zwischen Kameralistik und Doppik<sup>1442</sup>. Letztere – also die „doppelte Buchführung in Konten“ – entspricht dem System der kaufmännischen Buchführung nach § 238 HGB. Hier werden die Geschäftsvorfälle chronologisch und in sachlicher Ordnung auf mindestens zwei Konten gebucht.

Im Rahmen der Kameralistik werden geplante Einnahmen und Ausgaben den tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben gegenübergestellt, mithin wird lediglich über Grund, Höhe und Zweck der Einnahmen sowie Höhe der Ausgaben – über reine Geldflüsse, nicht aber über Abschreibungen - Auskunft gegeben<sup>1443</sup>. Die Ausführung des Haushalts kann damit exakt nachvollzogen werden<sup>1444</sup>. Ein Geschäftsvorfall wird lediglich auf einem Konto als Einnahme oder als Ausgabe gebucht. Durch die Doppik können darüber hinaus aber auch die Wirtschaftlichkeit und der leistungsbezogene Ressourcenverbrauch (Erfolgsermittlung) überwacht und die Vermögenswerte und Schuldenbestände dargestellt werden<sup>1445</sup>. Schulden und Vermögen einer Kommune werden zu Beginn und am Anfang eines Haushaltsjahres bilanziert. Ressourcenverbrauch und –aufkommen können, auch wenn keine Zahlungen erfolgt sind, einander gegenübergestellt werden. Mithilfe der Doppik kann demnach auch die Erreichung von Steuerungszielen abgebildet werden, die in der Kameralistik nur mittels aufwändiger, unübersichtlicher Nebenrechnungen aufgezeigt werden können<sup>1446</sup>. Eine umfassende, einen ganzheitlichen Ansatz verwirklichende **Wirtschaftlichkeitsprüfung** ermöglicht somit nur die Doppik, die eine Bemessung des Verhältnisses von Kosten und Nutzen zulässt. Rückschlüsse auf den Grad der Aufgabenerfüllung sind dabei jedoch nur bedingt möglich<sup>1447</sup>. Durch Anwendung der Doppik ist zumindest eine bessere Steuerung möglich, da mit einem Blick in die Bilanzen erkennbar ist, inwieweit gesteckte Ziele erreicht werden, und wie die tatsächliche Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens ist. Diese Art der Buchführung ermöglicht mithin Transparenz. Die Doppik ist jedoch kein Spezifikum der AöR, ihre Anwendung kann auch für kommunale Eigenbetriebe angeordnet werden<sup>1448</sup>. Für Unternehmen in Gesellschaftsform gilt sie ohnehin. Deren Rechnungswesen richtet sich nach dem HGB und dem AktG bzw. GmbHG, ist also kaufmännisch ausgestaltet.

---

<sup>1442</sup> § 76c Abs. 2 S. 2 ThürKO, § 1 Abs. 3 ThürAVO.

<sup>1443</sup> *Raupach/Stangenberg*: Doppik in der öffentlichen Verwaltung, S. 15.

<sup>1444</sup> *Raupach/Stangenberg*: Doppik in der öffentlichen Verwaltung, S. 15.

<sup>1445</sup> *Raupach/Stangenberg*: Doppik in der öffentlichen Verwaltung, S. 15 f.

<sup>1446</sup> *Raupach/Stangenberg*: Doppik in der öffentlichen Verwaltung, S. 18.

<sup>1447</sup> *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 129.

<sup>1448</sup> § 76 Abs. 2 S. ThürKO.

## **9. Aufsicht**

Die Aufsicht über die Tätigkeit kommunaler Unternehmen kann eine begleitende, während eines laufenden Prozesses andauernde Kontrolle oder eine Revision nach Abschluss eines Vorgangs sein. Idealerweise sind beide Varianten der Aufsicht gewährleistet, um dem Gebot der Gesetzmäßigkeit, der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gerecht zu werden und um – nicht zuletzt – etwaigen Korruptionsvorfällen begegnen zu können.

### **a. Externe Aufsicht**

Die Anstalt zeichnet sich auch dadurch aus, dass sie – anders als kommunale Unternehmen in Privatrechtsform<sup>1449</sup> - unmittelbarer externer Aufsicht unterliegt<sup>1450</sup>. In Thüringen ist das Landesverwaltungsamt die Kommunalaufsichtsbehörde.

Kontrolliert wird, ob die Anstalt die Anforderungen kommunaler Wirtschaftstätigkeit gerecht wird, insbesondere einen öffentlichen Zweck verfolgt. § 76c Abs. 2 S. 1 ThürKO normiert, dass die Bestimmungen der ThürKO über die staatliche Aufsicht für die kommunale Anstalt entsprechend gelten. In Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises beschränkt sich die staatliche Aufsicht auf die Überwachung der Erfüllung der gesetzlich festgelegten und übernommenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Verpflichtungen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit im staatlichen Interesse, § 117 Abs. 1 ThürKO, mithin auf eine reine Rechtsaufsicht. In den Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises (§§ 3, 88 ThürKO) findet eine Rechtsaufsicht und eine Fachaufsicht hinsichtlich der Handhabung des Verwaltungsermessens statt, § 117 Abs. 2 ThürKO.

Die Aufsichtsbehörde kann sich der allgemeinen Aufsichtsmittel bedienen, insbesondere verfügt sie über ein Unterrichts- und Prüfungsrecht, sie kann die Anstalt besichtigen, Berichte, Akten und sonstige Unterlagen einsehen und anfordern<sup>1451</sup>. Das Informationsrecht bildet die sachliche Grundlage für die Ergreifung repressiver, d.h. auf erfolgte Rechtsverletzungen reagierende Aufsichtsmittel. Darüber hinaus hat sie gemäß § 120 Abs. 1 ThürKO rechtswidrige Maßnahmen zu beanstanden und kann deren Aufhebung verlangen oder die Erfüllung gesetzlicher Pflichten und Aufgaben, unter Fristsetzung, anordnen. In Angelegenheiten, die der

<sup>1449</sup> Hier ist durch aufsichtsrechtliche Mittel nur eine Einwirkung auf das Verhalten der kommunalen Vertreter steuerbar, Anordnungen gegenüber den Gesellschaftsorganen selbst können nicht ergehen, da es sonst zu Friktionen mit dem vorrangigen Bundesrecht (Gesellschaftsrecht) kommen würde, welches grds. eine Einflussnahme der Aufsichtsbehörden nicht vorsieht.

<sup>1450</sup> In Thüringen ist die Aufsicht eine staatliche, Art. 94 S. 1 ThürVerf.

<sup>1451</sup> § 119 ThürKO.



Fachaufsicht unterliegen, ist die Aufsichtsbehörde sogar zur Erteilung von Weisungen befugt. Diese Aufsichtsmittel blieben ohne Durchsetzungsmöglichkeit wirkungslos. Daher kann die Aufsichtsbehörde im Wege der Ersatzvornahme die angeordneten Maßnahmen, die die Anstalt nicht befolgt hat, an deren anstelle und auf deren Kosten selbst treffen und vollziehen. Dies betrifft z.B. den Fall, dass die Anstalt eine Anstalts- und Benutzungssatzung nicht erlässt. Grundsätzlich steht der Erlass einer solchen Satzung gemäß §§ 76a Abs. 2 S. 4, 20 Abs. 2 ThürKO im Ermessen der Anstalt. Dieses kann aber nach dem Regelungszweck spezialgesetzlicher Bestimmungen auf Null reduziert sein<sup>1452</sup>. So ist etwa die Gemeinde zur Abwasserbeseitigung, auch wenn es sich hierbei gemäß § 2 Abs. 2 ThürKO um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelt, verpflichtet. Probates und wohl in der Regel auch einzig effektives Mittel, um den Zwecken der Volksgesundheit und des Umweltschutzes gerecht zu werden, ist die Festlegung eines Anschluss- und Benutzungszwangs nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ThürKO. Das Satzungsermessen der Gemeinde ist dann auf Null reduziert. Die Rechtsaufsichtsbehörde kann sodann den Erlass einer diesen Zwang normierenden Satzung anordnen. Gegebenenfalls hat sie diese Satzung im Wege der Ersatzvornahme selbst zu erlassen. In Thüringen kann die Aufgabe der Abwasserbeseitigung nach § 58 Abs. 4 ThürWG bisher nur auf Körperschaften des öffentlichen Rechts übertragen werden. Das Thüringer Wassergesetz hat insofern die Einführung der Anstalt des öffentlichen Rechts noch nicht nachvollzogen. Gleichwohl gilt dieses Beispiel der Illustration der aufsichtsbehördlichen Befugnisse (insbesondere des Satzungserlasses im Wege der Ersatzvornahme), die grundsätzlich auch gegenüber einer Anstalt des öffentlichen Rechts ergriffen werden können, sofern diese einer ihr zulässigerweise übertragenen Aufgabe nicht nachkommt und die zu ihrer Umsetzung erforderlichen Satzungen nicht erlässt.

Öffentlich-rechtliche Unternehmen unterliegen ferner einer direkten haushaltsrechtlichen Ordnungs- und Wirtschaftlichkeitsprüfung<sup>1453</sup>. Letztere erfolgt durch die Rechnungsprüfungsämter<sup>1454</sup>. Diese übernehmen die Aufgabe der Revision und überprüfen die Jahresrechnung und -abschlüsse<sup>1455</sup> im Rahmen der örtlichen, d.h. kommunalinternen Prüfung. Die örtliche Kassenprüfung obliegt dem Bürgermeister nach § 82 Abs. 3 ThürKO. Durch Kassenprüfun-

<sup>1452</sup> Beitragserhebungspflichten – etwa wegen Straßenausbaus, § 54 Abs. 2 ThürKO i.V.m. § 7 Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 ThürKAG – begründen Satzungserlasspflichten, VG Meiningen, Urt. v. 28.07.2004 – 1 K 640/01.Me –, juris, Rn. 31, 42.

<sup>1453</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 128.

<sup>1454</sup> §§ 76c Abs. 1 S. 1, 82 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1455</sup> § 19 ThürAVO.

gen werden die ordnungsgemäße Erledigung der Kassengeschäfte, die korrekte Einrichtung der Kassen und das Zusammenwirken mit der Verwaltung geprüft<sup>1456</sup>.

Die überörtliche Rechnungsprüfung findet nach Feststellung der Jahresrechnung und – abschlüsse statt<sup>1457</sup>. Nach § 83 Abs. 2 ThürKO i.V.m. § 2 Abs. 1, 2 ThürKommHhPruefG können die Prüfer etwa die Erteilung von Auskünften, die Vorlage weiterer Unterlagen und den Zutritt zu Dienst- und Betriebsräumen verlangen sowie Ortsbesichtigungen durchführen. Diese Befugnisse bestehen auch, wenn die Unternehmenssatzung i.S.d. § 76c Abs. 2 S. 2 ThürKO die Anwendung der Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik anordnet<sup>1458</sup>.

Der Jahresbericht einer kommunalen Anstalt wird grundsätzlich nach Schluss des jeweiligen Wirtschaftsjahres<sup>1459</sup> durch einen Wirtschaftsprüfer geprüft<sup>1460</sup>. Die nach Maßgabe der Haushaltsordnungen durchgeführten Prüfungen<sup>1461</sup> vollziehen nach, ob die Rechnungen ordnungsgemäß erstellt, die Vorgaben von Haushaltsplan und –gesetz und die Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit eingehalten worden sind<sup>1462</sup>.

Diese Finanz- und Wirtschaftlichkeitskontrolle kann mit einer solchen konfligieren, die der Prüfung des Grades der Aufgabenerfüllung und des Gebarens des Unternehmens dient<sup>1463</sup>. Erstere orientiert sich am möglichst sparsamen Einsatz von Ressourcen unter Berücksichtigung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses, letztere allein an der Verfolgung der wahrgenommenen öffentlichen Aufgabe. Mithin gehen beide Prüfungen von unterschiedlichen Prämissen aus. Ein möglichst hoher Grad an der Aufgabenerfüllung ist selten der ressourcenschonendste Weg. Eine Feinjustierung beider Bereiche fällt in den Aufgabenbereich der Unternehmensorgane und des Unternehmensträgers.

## **b. Interne Aufsicht**

Eine aufsichtliche Kontrolle der Anstalt wird nur komplettiert, wenn neben die staatliche Aufsicht eine (interne) Aufsicht tritt. Primär obliegt diese dem Aufsichtsorgan des Unternehmens

---

<sup>1456</sup> § 84 Abs. 4 ThürKO.

<sup>1457</sup> § 83 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1458</sup> § 23 ThürKDG.

<sup>1459</sup> § 10 ThürAVO.

<sup>1460</sup> § 85 Abs. 1, 2 ThürKO.

<sup>1461</sup> Thüringen sind hier die §§ 88 ff., 112 Abs. 2 ThürLHO maßgeblich.

<sup>1462</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 128.

<sup>1463</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 128, 130.

selbst, dem Verwaltungsrat. Er hat sowohl eine finanzwirtschaftliche als auch eine Aufgabenerfüllungskontrolle durchzuführen.

Daneben ist eine Aufsicht durch die Gemeinde als Unternehmensträgerin selbst erforderlich. Hierzu bedarf es der Einrichtung eines internen Kontrollsystems, einschließlich einer internen Revision. Berichts-, Informations- und Auskunftsrechte sind **unabdingbar**, um eine begleitende und eine nachträgliche Kontrolle überhaupt erst zu ermöglichen:

Schließlich ist dem Anstaltsträger die Befugnis übertragen, die Rechtsverhältnisse der kommunalen Anstalt durch eine Unternehmenssatzung zu regeln<sup>1464</sup> und – als Kehrseite dieser Befugnis – auch wieder zu ändern. Er muss sich daher einen Überblick über die tatsächlichen Verhältnisse verschaffen können, um so einen etwaigen Änderungsbedarf ermitteln zu können. Ferner ist nach § 76b Abs. 2 S. 4, 5 ThürKO in bestimmten Fällen die Zustimmung des Gemeinderates erforderlich bzw. kann dieser Weisungen erteilen, sofern vorgesehen. Diese Maßnahmen setzen voraus, dass der Gemeinderat als Organ des Anstaltsträgers über die notwendigen Informationen verfügt, die ihn in die Lage versetzen, über das weitere Vorgehen zu disponieren. Solche Informationsrechte der Gemeinde oder Berichtspflichten der Anstalt sind jedoch nicht ausdrücklich vorgesehen. Regelungen hierzu müssen erst mühsam zusammengesucht bzw. konkludent aus dem Regelungskontext mitgedacht werden.

#### **aa. Allgemeiner Informationsanspruch**

Der Bürgermeister erhält Informationen über die Lage und Entwicklung des Unternehmens in seiner Eigenschaft als Vertreter der Gemeinde, welche Eigentümerin bzw. Trägerin des kommunalen Unternehmens ist<sup>1465</sup>. Der Bürgermeister ist in der Regel Mitglied des Verwaltungsrats der Anstalt<sup>1466</sup>. Hierdurch erlangt er Informationen über die Verhältnisse der Anstalt. In seiner Funktion als Bürgermeister ist er gegenüber dem Gemeinderat (in Thüringen auf Verlangen von mindestens einem Viertel der Mitglieder) ohnehin verpflichtet, über die von ihm auszuführenden Beschlüsse des Gemeinderats<sup>1467</sup> Auskunft zu geben und Akteneinsicht zu gewähren, § 22 Abs. 3 S. 4 ThüKO. Dieses Tatbestandsmerkmal (Beschlüsse des Gemeinderats) schränkt aber zugleich den Anwendungsbereich einer etwaigen Berichtspflicht ein, kann also nicht davon entkoppelt und auf allgemeine Fragen zur Lage des Unternehmens gerichtet

---

<sup>1464</sup> § 76a Abs. 4 S. 1 ThürKO.

<sup>1465</sup> Bracht, NVwZ 2016, 108.

<sup>1466</sup> § 76b Abs. 3 S. 1 ThürKO.

<sup>1467</sup> Nach § 55 GO NRW besteht diese Pflicht allgemein bzgl. aller wichtigen Angelegenheiten. Die Auskunftspflicht und das Akteneinsichtsrecht reichen also weiter als in Thüringen.

werden<sup>1468</sup>. Wegen der vorstehend geschilderten Notwendigkeit von Auskunftsansprüchen wird daher von der Rechtsprechung ein allgemeiner Informationsanspruch<sup>1469</sup> bzw. ein Frage-recht der Gemeinderatsmitglieder gegenüber dem Bürgermeister **ungeschrieben** aus der ver-fassungsrechtlich vorgegebenen, aus einer demokratischen Wahl resultierenden Stellung und dem freien Mandat der Gemeinderatsmitglieder hergeleitet<sup>1470</sup>. Die Rechtsprechung differen-ziert dahingehend jedoch stark zwischen den einzelnen Organisationsformen<sup>1471</sup>. Jedenfalls ist erkennbar, dass im Bereich des Sparkassenwesens ein besonderes Bedürfnis an Verschwie-genheit und Nichtöffentlichkeit anerkannt ist<sup>1472</sup>, was wohl an der Materie der wahrgenom-menen Aufgabe liegen dürfte.

In der Literatur wird – gestützt auf diese Rechtsprechungslinie – ebenfalls ein ungeschriebe-ner Auskunftsanspruch befürwortet. Voraussetzung sei jedoch, dass dieser 1. gegenständlich begrenzt ist auf Informationen, deren Preisgabe berechtigten Geheimhaltungsinteressen Drit-ter nicht zuwiderläuft, dass 2. Angelegenheit des Gemeinwesens betroffen sind und dass es sich 3. um Informationen handelt, die dem Bürgermeister verfügbar sind, die er sich also ohne unzumutbaren Aufwand beschaffen kann, sofern sie in Zusammenhang mit seiner amtlichen Funktion stehen<sup>1473</sup>. Für das wirtschaftliche Agieren der Anstalt sind diese Bedingungen grundsätzlich erfüllt:

„Verfügbar“ (3.) sind dem Bürgermeister solche Informationen, die er als Verwaltungsrats-mitglied einer kommunalen AöR<sup>1474</sup>, in seiner Funktion als Gemeindevorsteher<sup>1475</sup>, erhält. Die Kommune bleibt Unternehmensträgerin. Sie hat gegebenenfalls – bei wirtschaftlichen Engpässen – für die Leistungsfähigkeit der AöR einzustehen<sup>1476</sup> und sie trägt die Verantwor-tung für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Mithin sind gemeindliche Angelegenheiten betroffen (2.). Dem Vorbehalt des berechtigten Interesses Dritter (1.) an der vertraulichen Be-handlung von den sie betreffenden Informationen kann auch dadurch Rechnung getragen werden, dass die Gemeinderatssitzungen nicht öffentlich veranstaltet werden, es sei denn,

<sup>1468</sup> Vorbildlich ist die Regelung des § 29 Abs. 1 S. 1 BbgKVerf, wonach jeder Gemeindevertreter vom Hauptver-waltungsbeamten im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung Auskunft verlangen kann, ohne dass dies auf Angele-genheiten beschränkt ist, die Gegenstand von Gemeinderatsbeschlüssen sind.

<sup>1469</sup> Teilweise wird in der Rechtsprechung hinsichtlich des Bestehens von Informationsrechten aber auch nach der Rechtsform des Unternehmens unterschieden: Vgl. *Bracht*, NVwZ 2016, 108 (109) m.w.N.

<sup>1470</sup> OVG Weimar, Urt. v. 14.11.2013 - 3 KO 900/11 = BeckRS 2015, 45158.

<sup>1471</sup> *Bracht*, NVwZ 2016, 108 (109).

<sup>1472</sup> VGH Mannheim, Urt. v. 12.03.2001 - 1 S 785/00 = BeckRS 2001, 21735; VG Stade, Urt. v. 16.02.2011 - 1 A 899/09 = BeckRS 2011, 49286.

<sup>1473</sup> *Bracht*, NVwZ 2016, 108 (109 f.).

<sup>1474</sup> § 76b Abs. 3 S. 1 ThürKO.

<sup>1475</sup> *Bracht*, NVwZ 2016, 108 (109).

<sup>1476</sup> Sofern unionsrechtskonform.

trotz des Ausschlusses der Öffentlichkeit besteht weiterhin die Besorgnis des allgemeinen Bekanntwerdens entsprechender Informationen.

Gleichwohl wird auch durch die Implementierung von allgemeinen Informationsansprüchen nur eine mittelbare Aufsicht über die Anstalt hergestellt: Konstruiert werden kann zwar problemlos eine Berichtspflicht des Bürgermeisters über wichtige Angelegenheiten der Anstalt, etwa in Vorbereitung der Weisungserteilung nach § 76b Abs. 2 S. 5 ThürKO. Jedoch besteht ein solcher Auskunftsanspruch unter Heranziehung von § 22 Abs. 2 S. 4 ThürKO nur gegenüber der Verwaltungsleitung, nicht aber im Innenverhältnis zwischen der Kommune als Anstaltsträger und der Anstalt<sup>1477</sup>. Im Ergebnis führt dies jedoch nicht dazu, dass die Informationsrechte der Gemeinde bei einer Anstalt weniger weit reichen als in privaten Gesellschaften. Denn wie bereits dargestellt setzen die §§ 394 f. AktG auch nur bereits bestehende Berichtspflichten voraus, begründen sie jedoch nicht selbständig<sup>1478</sup>.

### **bb. Anspruch aus Informationsfreiheitsgesetzen**

Ratsmitglieder können aufgrund landesrechtlicher Informationsfreiheitsgesetze nur in ihrer Eigenschaft als natürliche Personen einen Auskunftsanspruch geltend machen. Die Geltendmachung dieser Ansprüche kann jedoch bei entgegenstehenden Rechten Dritter oder des Auskunftsverpflichteten selbst ausgeschlossen sein.

## **10. Umwandlung**

Das Umwandlungsgesetz sieht in den §§ 168 ff. die Möglichkeit einer privatisierenden Umwandlung mit Gesamtrechtsnachfolge vor<sup>1479</sup>. Die Umwandlung eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens in eine private Organisationsform stellt einen Unterfall der Spaltung nach § 123 Abs. 3 UmwG (Ausgliederung) dar<sup>1480</sup>. Eine Anstalt des öffentlichen Rechts kann sich gemäß § 301 Abs. 1 UmwG nur in eine Kapitalgesellschaft umwandeln. Die Umwandlung gliedert sich in eine Vorbereitungsphase (Ausgliederungs-/Übernahmevertrag bzw. Ausgliederungsplan), in eine 2. Phase, in der ein Ausgliederungsbeschluss nach dem jeweiligen Or-

---

<sup>1477</sup> Vgl. *Bracht*, NVwZ 2016, 108 (112).

<sup>1478</sup> Siehe Kapitel 4 A II. 4. b.

<sup>1479</sup> *Cronauge*: Kommunale Unternehmen, Rn. 146a.

<sup>1480</sup> *Cronauge*: Kommunale Unternehmen, Rn. 146b.

ganisationsrecht gefasst wird und in die Phase der Registereintragung<sup>1481</sup>. Diese gestreckte Umwandlung ist mit einem erhöhten Kosten- und Zeitaufwand verbunden, vor allem müssen Notarkosten für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bedacht werden<sup>1482</sup>.

Die Umwandlung eines privatrechtlich geführten Unternehmens in ein anderes Rechtskleid erfolgt in Gestalt eines Formwechsels<sup>1483</sup>. In § 191 Abs. 2 UmwG ist die Anstalt des öffentlichen Rechts nicht als Zielrechtsträger genannt, sie ist lediglich in Abs. 1 als formwechselnder Rechtsträger aufgeführt. Dies ist aber unschädlich, wenn nach § 1 Abs. 2 UmwG eine Umwandlung durch Formwechsel in einem Landesgesetz vorgeschrieben ist. In den Bundesländern, in denen Kommunalunternehmen (also Unternehmen in Anstaltsform) vorgesehen sind, existieren entsprechende Bestimmungen. In Thüringen besteht ein solches Landesgesetz in Form von § 76a Abs. 3 ThürKO. Danach kann formwechselnder Rechtsträger nur ein Unternehmen in Privatrechtsform sein, an welchem die Gemeinde ausschließlich beteiligt ist. Auch Eigen- oder Regiebetriebe können in Anstalten umgewandelt werden<sup>1484</sup>.

Für den Formwechsel ist ein Umwandlungsbeschluss der formwechselnden Gesellschaft nach den Gemeindeordnungen erforderlich, § 76a Abs. 3 S. 3, 4 ThürKO i.V.m. § 193 UmwG. Der Formwechsel ist ebenfalls dreistufig gegliedert, namentlich in eine Vorbereitungs-, Beschluss- und eine Vollzugsphase (gerichtet auf die Registereintragung)<sup>1485</sup>.

In der Vorbereitungsphase werden unter anderem der Umwandlungsbericht und der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses gefertigt. Nicht erforderlich ist die Vorlage eines Schlussberichts beim Registergericht.

Konstitutiv für die Umwandlung ist nach § 76a Abs. 3 S. 6 ThürKO die Eintragung der Anstalt oder der Umwandlung in das Handelsregister.

Eigen- und Regiebetriebe können im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in Anstalten umgewandelt werden<sup>1486</sup>. Dieser Vorgang lässt sich nicht unter einen der Umwandlungsvorgänge des UmwG subsumieren. Da eine Anstalt des öffentlichen Rechts nicht als verschmelzungsfähiger Rechtsträger in § 3 UmwG genannt ist, kommt eine Verschmelzung nicht in Betracht. Da eine Anstalt nicht mitgliedschaftlich organisiert ist, Mitgliedschaftsrechte i.S.d § 123

---

<sup>1481</sup> Mann, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, S. 155.

<sup>1482</sup> Vgl. § 197 UmwG, wonach die für die Gründung einer Kapitalgesellschaft geltenden Vorschriften beachtet werden müssen.

<sup>1483</sup> § 76a Abs. 3 S. 1 ThürKO.

<sup>1484</sup> § 76a Abs. 1 S. 1 ThürKO; § 114a Abs. 1 S. 1 GO NRW; § 141 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NKomVG. Dazu sogleich.

<sup>1485</sup> Drinhausen/Keinath, in: Henssler/Strohn: § 190 UmwG Rn. 7 ff.

<sup>1486</sup> § 76a Abs. 1 S. 1 ThürKO.

UmwG also nicht gewährt werden können, scheidet auch eine Spaltung aus<sup>1487</sup>. Ebenso wenig handelt es sich um einen Formwechsel, weil § 301 Abs. 1 UmwG nur den Formwechsel von der Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts in eine Kapitalgesellschaft vorsieht, wohingegen der Wechsel in eine Anstalt öffentlichen Rechts nicht geregelt ist<sup>1488</sup>. Damit scheidet ein Formwechsel unmittelbar nach § 175 UmwG aus.

In Thüringen wird indessen – anders als z.T. in einigen Gemeindeordnungen anderer Bundesländer<sup>1489</sup> – die entsprechende Anwendung des UmwG für die Umwandlung bestehender Eigen- und Regiebetriebe angeordnet<sup>1490</sup>. Wegen der grundsätzlichen Unselbstständigkeit dieser Unternehmen und ihrer Eingliederung in die Gemeindeverwaltung entspricht diese Form der Umwandlung strukturell einer Ausgliederung; die Gemeinde überträgt einen Teil ihres Vermögens auf die Anstalt. Wegen der bloß entsprechenden Verweisung auf die Vorschriften des UmwG kann auf die Gewährung von Mitgliedschaftsrechten im Sinne des § 123 Abs. 3 UmwG verzichtet werden. Es bedarf daher nicht einer in der Literatur<sup>1491</sup> vorgeschlagenen Konstruktion imaginärer oder wirtschaftlicher Anteile, fußend auf der Überlegung dass auch ein gemeinsames Kommunalunternehmen mit immanenten Mitspracherechten gegründet werden kann. Auf die in der Rechtsprechung bisher nicht beantwortete Frage, ob Verluste nach dem Umwandlungssteuergesetz übergehen sollen<sup>1492</sup>, soll hier ebenso wenig näher eingegangen werden wie auf die Frage, ob die Ausschüttungsfiktion des § 20 Abs. 1 Nr. 10b EStG mit der Folge der Kapitalertragssteuerpflicht greift. Wegen dieser Unsicherheiten kann nur eine Abstimmung mit dem jeweils zuständigen Finanzamt angeraten werden.

Abweichend von umwandlungsrechtlichen Bestimmungen entsteht die Anstalt grundsätzlich am Tage nach Bekanntmachung der Satzung<sup>1493</sup>.

---

<sup>1487</sup> BFH, Urt. v. 12.01.2011 - I R 112/09 (NV) = BeckRS 2011, 95380, Rn. 14.

<sup>1488</sup> BFH, Urt. v. 12.01.2011 - I R 112/09 (NV) = BeckRS 2011, 95380, Rn. 14.

<sup>1489</sup> § 141 Abs. 1 S. 6 NKomVG stipuliert die entsprechende Anwendung umwandlungsrechtlicher Vorschriften nur für die Umwandlung privatrechtsförmig betriebener Unternehmen.

<sup>1490</sup> § 76a Abs. 1 S. 2 ThürKO.

<sup>1491</sup> *Baier/Müller*, BayVBl. 2011, 493 (495 f.).

<sup>1492</sup> Vgl. BFH, Urt. v. 12.01.2011 - I R 112/09 (NV) = BeckRS 2011, 95380, Rn. 11 ff.: Verlustvorträge sollen nicht übertragen werden können, die Anstalt könne Verlustvorträge bei der Ermittlung ihrer eigenen Einkünfte nicht abziehen. Für Niedersachsen hat die Finanzverwaltung eine steuerneutrale Umwandlung in ein Kommunalunternehmen für möglich erkannt: *Baier/Müller*, BayVBl. 2011, 493 (495).

<sup>1493</sup> § 76a Abs. 4 S. 5 ThürKO; *Baier/Müller*, BayVBl. 2011, 493.

## **11. Steuerrechtliche Behandlung**

Die Wahl der Organisationsform wird – neben dem Bedürfnis nach gesicherter Aufgabenerledigung – vor allem von steuerlichen Erwägungen beeinflusst. Die steuerliche Belastung wirkt sich in nicht zu unterschätzendem Maße auf die finanzielle Lage des Unternehmens aus. Kapitalgesellschaften sind qua ihrer Rechtsform steuerpflichtig, Anstalten im Allgemeinen nur insofern, als ein Betrieb gewerblicher Art vorliegt.

Betriebe gewerblicher Art (BgA) nehmen im Rahmen der Steuertatbestände (Körperschafts-, Umsatz-<sup>1494</sup>, Grunderwerbssteuer) eine maßgebliche Rolle ein. Ihre Betrachtung ist daher der Erörterung der einzelnen Steuerarten voranzustellen.

### **a. Betriebe gewerblicher Art**

Grund für die Einbeziehung von BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die Begründung ihrer Steuerpflichtigkeit ist, dass solche Unternehmen deutliche Parallelen zu privatwirtschaftlichen aufweisen<sup>1495</sup> und daher ein Ausscheiden aus der Steuerpflicht eine ungerechtfertigte Bevorzugung der öffentlichen Unternehmen bedeuten würde. Ziel ist mithin die Herstellung von Wettbewerbsgleichheit<sup>1496</sup>.

Die Begriffsbestimmung in § 4 Abs. 1 KStG ist grundsätzlich auf sämtliche Steuertatbestände übertragbar. BgA juristischer Personen des öffentlichen Rechts sind alle Einrichtungen, die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen außerhalb der Land- und Forstwirtschaft dienen und die sich innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich herausheben. Das Erfordernis, dass es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handeln muss, dient der Abgrenzung von der reinen Vermögensverwaltung, stellt das Unternehmensmerkmal in den Vordergrund. Nachhaltigkeit liegt vor, wenn die Betätigung auf Wiederholung angelegt ist<sup>1497</sup>. Die Absicht, Gewinne zu erzielen, und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr sind nicht erforderlich. Das Merkmal der Einrichtung betont die funktionelle Einheit und liegt insbesondere bei besonderen organisatorischen Vorkehrungen für die Verselbständigung der Tätigkeit (besondere Leitung, geschlos-

<sup>1494</sup> Zumindest bis spätestens zum 01.01.2021, § 22 Abs. 27 UStG.

<sup>1495</sup> Hummel, in: Gosch: KStG, § 1 Rn. 96.

<sup>1496</sup> Seer, DStR 1992, 1751.

<sup>1497</sup> Seer, DStR 1992, 1751 (1753).



sener Geschäftskreis, besondere Buchführung, gesonderte personelle Ausstattung) und bei der Erwirtschaftung eines beträchtlichen Jahresumsatzes vor<sup>1498</sup>.

Unschädlich ist, wenn der BgA selbst eine juristische Person des öffentlichen Rechts – wie eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts – ist<sup>1499</sup>. Hoheitsbetriebe, also solche Betriebe, die überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen, zählen nicht zu den BgA<sup>1500</sup>. Ein Indiz für das Vorliegen eines Hoheitsbetriebes ist die Abwesenheit privater Anbieter im wahrgenommenen Aufgabenbereich<sup>1501</sup>. In der Regel werden Einrichtungen der Abfallentsorgung, der Abwasserbeseitigung<sup>1502</sup>, der Straßenreinigung, des Friedhofswesens unter den Begriff der Hoheitsbetriebe subsumiert<sup>1503</sup>. Die Miterledigung von wirtschaftlichen Tätigkeiten schadet nur dann nicht, wenn sie von untergeordneter Bedeutung sind (sog. Hilfgeschäfte)<sup>1504</sup>. Ist dagegen eine Trennung möglich, müssen die jeweiligen Tätigkeitsbereiche separat der Steuerpflicht bzw. Steuerbefreiung unterworfen werden<sup>1505</sup>.

Weiter ist die Wirtschaftliche Heraushebung erforderlich, die dann vorliegt, wenn die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit die Wettbewerbsneutralität beeinträchtigen kann<sup>1506</sup>. Eine bestimmte Umsatzgrenze wird teilweise nicht für erforderlich gehalten<sup>1507</sup>, maßgeblich sei vielmehr das Verhältnis der Einnahmen zu dem betroffenen Bereich der Verwaltung der juristischen Person des öffentlichen Rechts. Dafür spricht, dass die Überschreitung einer bestimmten Umsatzgrenze bereits für das Merkmal der „Einrichtung“ herangezogen wird und somit auf die Bedingung der wirtschaftlichen Heraushebung verzichtet werden könnte<sup>1508</sup>. Gleichwohl geht die Finanzverwaltung – aus Gründen der Vereinfachung<sup>1509</sup> – von einer Umsatzgrenze von 35.000 € aus, KStR 4.1 Abs. 5<sup>1510</sup>. Letztlich muss bei der Auslegung der Regelungshintergrund – die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen – berücksichtigt werden.

---

<sup>1498</sup> Seer, DStR 1992, 1751 (1753).

<sup>1499</sup> § 4 Abs. 2 KStG.

<sup>1500</sup> § 4 Abs. 5 S. 1 KStG.

<sup>1501</sup> *Märtens*, in: *Gosch*: KStG, § 4 Rn. 1.

<sup>1502</sup> Vgl. BFH DStR 1998, 850.

<sup>1503</sup> *Holz/Kürten/Grabolle*, KommJur 2014, 281 (283 f.).

<sup>1504</sup> BFH, Beschl. v. 17.03.2005 - I B 245/04 (NV) = BeckRS 2005, 25007825.

<sup>1505</sup> *Erhard*, in: *Blümich*: Steuerrechtskommentar, § 4 KStG Rn. 94.

<sup>1506</sup> BFH DStR 2012, 352 (353); *Märtens*, in: *Gosch*: KStG, § 4 Rn. 42.

<sup>1507</sup> Vgl. BFH DStR 2012, 352 (353) und BFH DStR 2010, 2234 (2236) – jedenfalls für den Bereich des Umsatzsteuerrechts; *Erhard*, in: *Blümich*: Steuerrechtskommentar, § 4 KStG Rn. 42; *Seer*, DStR 1992, 1751 (1754); a.A. *Märtens*, in: *Gosch*: KStG, § 4 Rn. 42.

<sup>1508</sup> So auch *Märtens*, in: *Gosch*: KStG, § 4 Rn. 43.

<sup>1509</sup> *Erhard*, in: *Blümich*: Steuerrechtskommentar, § 4 KStG Rn. 42.

<sup>1510</sup> Bei einem Jahresumsatz von 130.000 € geht die Verwaltung stets von einem BgA aus: *Märtens*, in: *Gosch*: KStG, § 4 Rn. 43; *Erhard*, in: *Blümich*: Steuerrechtskommentar, § 4 KStG Rn. 42.

Unsicher ist die Rechtslage in Bereichen der interkommunalen Zusammenarbeit, in denen Anstalten für andere juristische Personen des öffentlichen Rechts tätig werden. In praxi wird in diesen Fällen nicht von einem der Steuerpflicht unterfallenden Leistungsaustausch ausgegangen<sup>1511</sup>. Dies gilt nach der Rechtsprechung zumindest dann, wenn hoheitliche Pflichtaufgaben wahrgenommen werden<sup>1512</sup>. Unter diesen Voraussetzungen gilt dies auch für Lieferungen und Leistungen, welche die Anstalt gegenüber der Trägerkommune erbringt. Es handelt sich insofern um Beistandsleistungen, die Anstalt übernimmt dann Aufgaben nach Art eines Erfüllungsgehilfen. Wenn die Leistungen der Anstalt auch von Privaten erbracht werden könnten, sind Beistandsleistungen als Unterstützungshandlungen jenseits hoheitlicher Tätigkeit als solche eines Betriebs gewerblicher Art zu qualifizieren<sup>1513</sup>.

## **b. Körperschaftssteuer**

Unbeschränkt körperschaftssteuerpflichtig sind die in § 1 Abs. 1 KStG aufgelisteten Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen. Die Anstalt des öffentlichen Rechts ist dort nicht explizit aufgeführt. § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG ordnet die Steuerpflicht indes für BgA von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, zu denen die Kommunen als Gebietskörperschaften zählen können, an. Maßgeblich ist daher, ob die Anstalt als ein solcher BgA einzustufen ist. Dies beurteilt sich im Einzelfall nach den soeben dargestellten Grundsätzen.

Die Körperschaftssteuer bemisst sich nach § 7 Abs. 1 KStG nach dem Einkommen des Unternehmens, welches auch nach dem Einkommenssteuergesetz bestimmt wird. § 8 Abs. 1 KStG normiert insofern, dass bei Betrieben gewerblicher Art eine Gewinnerzielungsabsicht und eine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht erforderlich sind. Die Körperschaftsteuer beträgt 15 Prozent des zu versteuernden Einkommens, § 23 Abs. 1 KStG.

## **c. Umsatzsteuer**

Die Umsatzsteuerpflicht trifft Unternehmen, das Lieferungen und sonstige Leistungen erbringt und die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 UStG. Wer Unternehmer ist, bestimmt sich nach § 2 UStG. Es

---

<sup>1511</sup> Holz/Kürten/Grabolle, KommJur 2014, 281 (284).

<sup>1512</sup> BFH DStR 2011, 1126; Meyer, KommJur 2012, 131 (133).

<sup>1513</sup> Märten, in: Gosch: KStG, § 4 Rn. 39.

ist grundsätzlich derjenige, der eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Umfasst sind die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers. Unternehmer kann nur die juristische Person des öffentlichen Rechts und nicht dessen Betrieb gewerblicher Art sein, vgl. § 2 Abs. 3 UStG. Die Norm ist richtlinienkonform – auf Art. 13 MwStSystRL, der nur eine Steuerbefreiung für Hoheitsbetriebe vorsieht, gestützt – auszuulegen, d.h. eine wirtschaftliche Herausgehobenheit ist nicht erforderlich<sup>1514</sup>. Durch Einfügung von § 2b UStG, anzuwendend frühestens ab dem 01.01.2017, spätestens ab dem 01.01.2021<sup>1515</sup>, erfolgte eine Anpassung an das Unionsrecht. Jedenfalls unterfallen Hoheitsbetriebe nicht der Umsatzsteuerpflicht, da dann kein Unternehmer i.S.d. UStG vorliegt<sup>1516</sup>. Als Unternehmer gelten juristische Personen des öffentlichen Rechts nach § 2b Abs. 1 S. 2 UStG dann nicht, wenn größere Wettbewerbsverzerrungen nicht zu erwarten sind, was nach § 2b Abs. 2 Nr. 1 UStG insbesondere dann der Fall ist, wenn ihr Jahresumsatz 17.500 € nicht übersteigt<sup>1517</sup>. Agiert die Anstalt auf privatrechtlicher Grundlage geht die Rechtsprechung von einer unternehmerischen Tätigkeit aus<sup>1518</sup>.

Für den Erwerb von Gütern und Dienstleistungen von anderen Unternehmen hat die Anstalt des öffentlichen Rechts ebenfalls eine Umsatzsteuer zu entrichten. Diese kann das Kommunalunternehmen – sofern es Unternehmer i.S.d. Umsatzsteuerrechts ist - wiederum von seiner Steuerschuld gegenüber dem Finanzamt für Lieferungen und Leistungen abziehen<sup>1519</sup>, da letztlich nur der Verbraucher mit der Umsatzsteuer belastet werden soll.

#### **d. Gewerbesteuer**

Gemeinden erheben nach § 1 GewStG eine Gewerbesteuer als Gemeindesteuer. Der Gewerbesteuer unterliegt jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird, § 2 Abs. 1 S. 1 GewStG. Die Gewerbesteuer trifft auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, sofern sie einen Gewerbebetrieb ausüben<sup>1520</sup>. Zurückzugreifen ist auf die in § 15 Abs. 2 EStG enthaltene Legaldefinition<sup>1521</sup>, § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG, wonach Gewerbebetrieb eine

---

<sup>1514</sup> Korn, in: *Bunjes*: UStG, § 2 Rn. 192.

<sup>1515</sup> § 22 Abs. 27 UStG.

<sup>1516</sup> Korn, in: *Bunjes*: UStG, § 2 Rn. 193.

<sup>1517</sup> Siehe auch § 19 Abs. 1 S. 1 UStG.

<sup>1518</sup> Meyer, *KommJur* 2012, 131 (132) mit Verweis auf BFH DStR 2012, 348 und weitere Entscheidungen mit dem Hinweis, dass es sich jeweils nicht um Hoheitsbetriebe handelte.

<sup>1519</sup> § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG.

<sup>1520</sup> § 2 Abs. 1 GewStDV.

<sup>1521</sup> *Drüen*, in: *Bunjes*: Steuerrechtskommentar, § 2 GewStG Rn. 34, 76 ff.

selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen – wenn auch nur als Nebenzweck –, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Da kommunale Unternehmen einen Gewinn für den kommunalen Haushalt abwerfen sollen<sup>1522</sup>, wird die Absicht der Gewinnerzielung in der Regel auch gegeben sein, auch wenn die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe im Vordergrund steht. Auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht kann nicht verzichtet werden, da das Gewerbesteuerrecht für juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht an das Vorliegen eines BgA anknüpft. Jedoch werden Hoheitsbetriebe aus dem Begriff des Gewerbebetriebs ausgeklammert, § 2 Abs. 2 GewStDV<sup>1523</sup>. Da Anstalten in der Regel weder ein Reise- noch ein Marktgewerbe ausüben, verbleibt nur die Ausübung eines stehenden Gewerbes.

#### **e. Grundsteuer**

Ist eine Anstalt Eigentümerin eines Grundstücks i.S.d. §§ 68, 70 des Bewertungsgesetzes, kann eine Grundsteuer nach § 2 Nr. 2 GStG anfallen, sofern nicht eine Steuerbefreiung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GrStG greift. Danach müsste es sich um Grundbesitz handeln, der von einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzt wird. Das wiederum ist nach § 3 Abs. 2 GrStG der Fall, wenn es sich um eine hoheitliche Tätigkeit oder um einen bestimmungsgemäßen Gebrauch durch die Allgemeinheit handelt. Da in der Regel jedoch ein BgA vorliegt, greift die Rückausnahme des § 3 Abs. 3 GrStG. Der Tatbestand des § 8 Abs. 1 GrStG wird grundsätzlich – bei gemischt hoheitlicher und erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit – nicht vorliegen, da die jeweiligen Aufgaben in praxi innerhalb ein und desselben Gebäudes auf dem Grundstück wahrgenommen werden<sup>1524</sup>. Etwas anderes gilt nur, eine Steuerbefreiung tritt also nur ein, wenn der steuerbegünstigte Zweck bei fehlender räumlicher Trennung überwiegt, § 3 Abs. 2 GrStG.

---

<sup>1522</sup> § 75 Abs. 1 ThürKO.

<sup>1523</sup> *Drüen*, in: *Bunjes*: Steuerrechtskommentar, § 2 GewStG Rn. 92.

<sup>1524</sup> *Waldmann*, Das Kommunalunternehmen – Organisationsform für Baden-Württemberg, S. 127.

## **f. Grunderwerbssteuer**

Der Erwerb von Grundstücken durch die Anstalt wird mit einem Steuersatz von 3,5 % besteuert, §§ 1 Abs. 1, 11 GrEstG. Von der Steuerpflicht ausgenommen ist der Erwerb nach § 4 Nr. 1 GrEstG nur dann, wenn das Grundstück aus Anlass des Übergangs von öffentlich-rechtlichen Aufgaben oder aus Anlass von Grenzänderungen von der einen auf die andere juristische Person übergeht und nicht überwiegend einem Betrieb gewerblicher Art dient. In der Regel wird jedoch ein BgA vorliegen.

## **12. Beschäftigte der Anstalt**

Die Anstalt kann sowohl Beamte haben als auch Arbeitnehmer einstellen.

Nach § 1 ThPersVG<sup>1525</sup> werden in den Anstalten, die der Aufsicht des Landes unterstehen (in Thüringen ist dies für kommunale Anstalten nach § 76c Abs. 2 S. 1 ThürKO der Fall), Personalvertretungen gebildet.

### **a. Dienstherrenfähigkeit**

Anders als kommunale Gesellschaften besitzt die Anstalt Dienstherrenfähigkeit. Dies folgt aus Art. 33 Abs. 4 GG. Nach § 121 Nr. 2 BRRG muss die Dienstherrenfähigkeit durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung verliehen worden sein. Beruht die Verleihung auf einer Satzung, ist diese von der Landesregierung zu genehmigen<sup>1526</sup>. In Thüringen liegt in Form § 76b Abs. 4 ThürKO ein entsprechendes Gesetz vor. Voraussetzung ist, dass der Anstalt hoheitliche Befugnisse übertragen werden. Dies geschieht etwa durch Übertragung des Satzungsrechts nach § 76a Abs. 2 S. 3 ThürKO.

Insofern, als der Anstalt Dienstherrenfähigkeit zusteht, kann sie Beamte einstellen oder entlassen, sie ver- oder umsetzen sowie abordnen.

Zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG gehört auch die Alterssicherung der Beamten. Wenn Anstalten Dienstherrenfähigkeit besitzen, ist auf sie das Thüringer Pensionsfondsgesetz nicht anzuwenden, § 1 Abs. 1 S. 3 ThürPFG. Einzelheiten der Versorgungsbezüge regeln das BeamtVG und das BRRG, das auch für kommunale Anstalten gilt. Die Pensionszahlungen werden durch die Kommunen selbst oder – wie in Thü-

---

<sup>1525</sup> Thüringer Personalvertretungsgesetz i.d.F. der Bekanntmachung vom 13. Januar 2012, GVBl. 2012, 1.  
<sup>1526</sup> § 121 Nr. 2 S. 2 BRRG; § 2 ThürBG.

ringen<sup>1527</sup> – durch Versorgungskassen übernommen. Der kommunale Versorgungsverband Thüringen sammelt für sich und seine Mitglieder die zu bildende Versorgungsrücklage an und hat seine Lasten sowie die Lasten seiner Mitglieder auszugleichen, die durch die Versorgung ihrer Bediensteten entstehen<sup>1528</sup>.

Sofern die Unternehmenssatzung gemäß § 76c Abs. 2 S. 2 ThürKO die Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung-Doppik für das Wirtschaftsführungs- und Rechnungswesen für anwendbar erklärt, sind nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 ThürGemHV-Doppik Rückstellungen für Pensionsverpflichtungen aufgrund von beamtenrechtlichen oder vertraglichen Ansprüchen zu bilden. Diese Rückstellungen sind nach den Vorgaben des § 38 Abs. 4 ThürGemHV-Doppik zu bewerten.

Ferner ist zu berücksichtigen, was für die Anstalt vorteilhaft ist, dass Beamten kein Streikrecht zusteht; dies stellt einen hergebrachten Grundsatz i.S.d. Art. 33 Abs. 5 GG dar<sup>1529</sup>.

## **b. Arbeitsrechtliche Bindungen**

Der Vorteil der Anstalten für die Beschäftigten besteht darin, dass bei ihrer Überführung von einer Tätigkeit im kommunalen Dienst in die Anstalt tarifvertragliche- und arbeitsrechtliche Strukturen des öffentlichen Dienstes erhalten bleiben können<sup>1530</sup>. Aufgrund des Kostendrucks in der Verwaltung besteht insbesondere bei Ausgliederungen und Privatisierungen die Gefahr der Einsparung von Personalkosten, der nur mit Personalüberleitungsverträgen begegnet werden kann. In der Regel werden trotz entsprechender Verträge im Nachgang Arbeitszeiten und Entgelte – zum Nachteil der Beschäftigten - angepasst<sup>1531</sup>.

Andererseits besteht in öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen die Gefahr einer Überbezahlung, denn eine auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhende Entlohnung bemisst sich nach der Amtsbedeutung und nicht nach der individuellen Leistung, sodass der Anreiz, überobligationsmäßige Leistungen zu erbringen, gering sein dürfte<sup>1532</sup>. Das Laufbahn- und Besoldungssystem im öffentlichen Dienst ist starr<sup>1533</sup>.

---

<sup>1527</sup> §§ 1 ff. ThürVersVG.

<sup>1528</sup> § 2 Abs. 1 und 4 S. 1 ThürVersVG.

<sup>1529</sup> BVerwG NVwZ 2014, 736 ff.

<sup>1530</sup> Vgl. *Bremeier/Brinckmann/Kilian*, Public Governance, S. 81.

<sup>1531</sup> *Bremeier/Brinckmann/Kilian*, Public Governance, S. 75, 81.

<sup>1532</sup> Vgl. *Püttner*, Unternehmen, S. 225.

<sup>1533</sup> *Püttner*, Unternehmen, S. 284.

Grundsätzlich liegt bei einer Aufgabenübertragung auf die Anstalt ein Betriebsübergang i.S.d. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB vor mit der Folge, dass bestehende Arbeitsverhältnisse auf die Anstalt übergehen, den Arbeitnehmern allerdings ein Widerspruchsrecht nach Abs. 6 der Vorschrift zusteht.

In der Rechtsprechung wird § 613a BGB indes für unanwendbar erachtet, wenn es sich um einen Übergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge handelt<sup>1534</sup>. Nach der Auffassung des BAG soll bei der durch Landesgesetz angeordneten Überleitung bestehender Arbeitsverhältnisse von einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft auf eine neue rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts § 613a BGB keine Anwendung finden<sup>1535</sup>. Die Implementierung eines § 613a Abs. 6 BGB entsprechenden Widerspruchsrechts bedürfe vielmehr der Anordnung des Landesgesetzgebers. Problematisch hieran ist, dass das BVerfG ein solches Widerspruchsrecht verfassungsrechtlich in Art. 12 Abs. 1 GG verankert sieht und dass die durch Gesetz vollzogene Zuweisung eines anderen Arbeitgebers einen Eingriff in das Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes darstellt<sup>1536</sup>. § 613a Abs. 6 BGB trage der Schutzpflicht des Gesetzgebers Rechnung. Wird das Widerspruchsrecht ausgeschlossen, liege ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art. 12 GG vor. Die Verfassungswidrigkeit der gesetzlich angeordneten Überleitung könne aber durch ein Rückkehrrecht ausgeräumt werden. Diese Vorgaben können nicht unbesehen für allgemeingültig erklärt werden, denn die der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zugrundeliegende Konstellation war durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass im Anschluss an die Übertragung der Arbeitsverhältnisse auf die Anstalt eine Privatisierung erfolgen sollte und übergeleitete Arbeitnehmer aus dem öffentlichen Dienst ausscheiden sollten. Trotz Ausschlusses von Rückkehr- oder Widerspruchsrechten ist eine Verfassungswidrigkeit entsprechender Landesgesetze wohl auszuschließen, wenn eine Privatisierung nicht intendiert ist und die betroffenen Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst verbleiben sollen<sup>1537</sup>.

Anders gelagert sind die Fälle, in denen bestehende Arbeitsverhältnisse nicht durch Landesgesetz, sondern im Wege der Umwandlung auf eine Anstalt des öffentlichen Rechts übergeleitet werden<sup>1538</sup>. Hier vollzieht sich der Übergang nicht „durch Rechtsgeschäft“, sondern durch Gesamtrechtsnachfolge<sup>1539</sup>. In der Rechtsprechung besteht insofern die Auffassung, dass damit das Vermögen des Rechtsvorgängers mit allen Rechten und Pflichten auf die Rechtsnach-

<sup>1534</sup> AG Hamm, Urt. v. 25.08.2011 - 17 Sa 498/11 = BeckRS 2012, 65168.

<sup>1535</sup> BAG, Urt. v. 18.12.2008 - 8 AZR 660/07 = BeckRS 2009, 58466.

<sup>1536</sup> BVerfG NJW 2011, 1427 ff.

<sup>1537</sup> BVerfG NJW 2011, 1427 (1430 Rn. 94) und *Dzida*, NJW 2011, 1427 (1433).

<sup>1538</sup> Vgl. § 76a Abs. 1 S. 1 2. Alt. ThürKO.

<sup>1539</sup> BAG NZA 2012, 267 (269 Rn. 27).

folgerin übergehe, daraus aber nicht folge, dass die bei dem Rechtsvorgänger bestehenden Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes auf die AöR übergeleitet würden<sup>1540</sup>.

Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bestimme sich daher vielmehr nach der vom Gemeinderat zu erlassenen Unternehmenssatzung<sup>1541</sup>. Aus der Nichtanwendbarkeit von § 613a BGB folge zugleich, dass übergeleitete Arbeitnehmer nicht über ein Widerspruchsrecht i.S.d. § 613a Abs. 6 BGB verfügen.

Aus § 324 UmwG folgt aber, dass § 613a BGB in Fällen der Spaltung, Vermögensübertragung oder des Formwechsels ergänzend anzuwenden ist<sup>1542</sup>. Es handelt sich um eine Rechtsgrundverweisung; das Rechtsgeschäft liegt im Spaltungs- oder Verschmelzungsvertrag begründet<sup>1543</sup>. Da es sich – wie hier vertreten und sofern die entsprechende Anwendung des Umwandlungsgesetzes normativ angeordnet ist<sup>1544</sup> – bei der Umwandlung von Regie- und Eigenbetrieben um eine Unterform der Spaltung, namentlich um eine Ausgliederung, handelt, findet damit auch § 613a BGB Anwendung<sup>1545</sup>.

### **13. Vergaberecht**

Liegt eine Beschaffung von Leistungen in Form der Lieferung von Waren, der Ausführung von Bauleistungen oder der Erbringung von Dienstleistungen vor, die auf entgeltlichen Verträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern (oder Sektorenauftraggebern) und Unternehmen beruhen, handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB.

Anstalten des öffentlichen Rechts sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 2 GWB. Die Anwendung des Vergaberechts ist grundsätzlich vom Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte abhängig<sup>1546</sup>. Unterhalb der EU-Schwellenwerte gelten die Landesvergabegesetze. In praxi war bisweilen zu beobachten, dass die Anstalten im Regelungszusammenhang dieser Gesetze mitunter „vergessen“ wurden<sup>1547</sup>.

---

<sup>1540</sup> LAG Hamm, Urt. v. 25.08.2011 - 17 Sa 498/11 = BeckRS 2012, 65168.

<sup>1541</sup> LAG Hamm, Urt. v. 25.08.2011 - 17 Sa 498/11 = BeckRS 2012, 65168.

<sup>1542</sup> Müller-Glöge, in: MüKo BGB, § 613a Rn. 63.

<sup>1543</sup> Müller-Glöge, in: MüKo BGB, § 613a Rn. 63 m.w.N.; Simon, in: Semler/Stengel: § 394 UmwG Rn. 11.

<sup>1544</sup> Siehe oben C. II. 10.

<sup>1545</sup> Dies betrifft auch den Kündigungsschutz nach § 613a Abs. 4 BGB.

<sup>1546</sup> § 106 GWB.

<sup>1547</sup> Dietze, Gesprächsprotokoll, 10.04.2014, angefügt im Anhang.



Nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ergibt sich der maßgebliche Schwellenwert insbesondere aus der Richtlinie 2014/24/EU<sup>1548</sup> (nachfolgend: AVR). Entscheidend für die Anwendung des Vergaberechts ist unter Zugrundelegung von Erwägungsgrund (4) der AVR, dass nur die Formen öffentlicher Ausgaben erfasst werden, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Bei gemischten Aufträgen ist der Hauptgegenstand entscheidend. Sofern der Erwerb von Dienstleistungen abspaltbar ist, besteht grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht<sup>1549</sup>.

### a. Inhouse-Vergabe

Die Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen allein begründet keinen Ausschluss des Vergaberechts<sup>1550</sup>. Angesprochen ist zunächst die Frage des Inhouse-Privilegs<sup>1551</sup>. Es geht damit um die vergaberechtsfreie Vergabe von Aufträgen i.S.d. § 108 GWB an eigenständige juristische Personen, die im Wesentlichen, d.h. zu mehr als 80%<sup>1552</sup>, Aufgaben für diesen Auftraggeber ausführen (Wesentlichkeitskriterium) und von diesem wie eine eigene Dienststelle kontrolliert werden (Kontrollkriterium)<sup>1553</sup>. Für die Erfüllung des Kontrollkriteriums ist erforderlich, dass eine gemeinsame öffentliche Aufgabe erfüllt wird<sup>1554</sup>. Nach § 108 Abs. 2 GWB wird eine entsprechende Kontrolle vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausübt. Dies ist bei AöR grundsätzlich gegeben, da die Gemeinde über den Erlass und die Änderung der Unternehmenssatzung den Aufgabenbereich und die Struktur der Anstalt bestimmen kann, obgleich die Anstalt vom Vorstand in eigener Verantwortung geleitet wird. Einen entscheidenden Einfluss erhält die Gemeinde nämlich auch dadurch, dass sie dem Verwaltungsrat **Weisungen** erteilen kann.

Ferner darf grundsätzlich keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person bestehen<sup>1555</sup>. An einer Direktheit der Beteiligung fehlt es ohnehin bei Anstalten<sup>1556</sup>.

---

<sup>1548</sup> Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl.EU L 94 vom 28.03.2014, S. 65. Davon ausgenommen sind bestimmte, in den Art. 7 ff. der AVR näher bestimmte Bereiche.

<sup>1549</sup> EuGH, Urt. v. 22.12.2010 – C-215/09 = ECLI:EU:C:2010:807 – Mehiläinen.

<sup>1550</sup> Vgl. Erwägungsgrund (31) der AVR.

<sup>1551</sup> § 108 Abs. 1-5 GWB.

<sup>1552</sup> § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

<sup>1553</sup> Diese Voraussetzungen wurden vom EuGH aufgestellt: Urt. v. 18.11.1999 - C-107/98 = ECLI:EU:C:1999:562, Rn. 50 – Teckal.

<sup>1554</sup> EuGH, Urt. v. 08.05.2014 – C-15/13 = ECLI:EU:C:2014:303.

<sup>1555</sup> Mit Ausnahmen nicht beherrschender Formen privater Beteiligung und solchen Beteiligungen ohne Sperrminorität, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

Fraglich ist, ob in Fällen einer mittelbaren reinen (privaten) Kapitalbeteiligung – bspw. bei einer typischen stillen Gesellschaft - § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB schon nicht greift, oder ob der Tatbestand teleologisch zu reduzieren ist. Diese Frage wird von der Überlegung getragen, dass eine Kapitalbeteiligung allein nicht zu rechtlich durchsetzbaren Einwirkungen auf Leitung und Verwaltung des Unternehmens führt<sup>1557</sup>. Eine Einflussnahme ist allenfalls faktisch denkbar, nämlich dann, wenn die öffentliche Hand fürchtet, der private Kapitalgeber wird künftig von einer finanziellen Unterstützung absehen, wenn das Anstaltshandeln nicht seinen Interessen und Zielen entspricht.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Voraussetzung der Abstinenz einer direkten privaten Kapitalbeteiligung auf der Prämisse beruht, Privaten keinen unberechtigten **Wettbewerbsvorteil** zu verschaffen. Durch eine Beteiligung am öffentlichen Unternehmen, an welches Aufträge ohne vorangegangene öffentliche Ausschreibung vergeben werden, muss sich der sich beteiligende Private nicht in Konkurrenz zu anderen Anbietern am Markt begeben.

Bei einer typischen stillen Beteiligung partizipiert der stille Gesellschafter nur an Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft, hat aber keine Mitwirkungsrechte. **Für** den Ausschluss eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts spricht, dass ein Wettbewerbsvorteil in der Beteiligung an den erwirtschafteten Gewinnen erreicht werden kann, ohne dass der Private selbst am Markt auftreten und Leistungen anbieten musste. **Dagegen** spricht, dass dieser nicht unmittelbar an der Anstalt, sondern nur mediatisiert durch eine zwischengeschaltete Gesellschaft beteiligt ist. Ferner partizipiert der stille Gesellschafter auch nur dann an den Gewinnen der Anstalt, wenn auch solche erzielt werden. Mangels Leitungs- oder Einwirkungsbefugnis ist der Private dem Schicksal der Anstalt ergeben, muss sich der eigenverantwortlichen Steuerung durch die Anstaltsleitung unterordnen. Somit ist zumindest in Fällen einer typischen stillen Beteiligung davon auszugehen, dass das Inhouse-Privileg greift. Bei einer atypischen stillen Beteiligung ist das Kontrollkriterium hingegen nicht als erfüllt anzusehen, da durch ausbedungene Mitwirkungsbefugnisse eine Beeinflussung der Geschicke der Gesellschaft, an welcher die Anstalt beteiligt ist, und dadurch auch an der Leitung der Anstalt anzunehmen ist.

---

<sup>1556</sup> Sofern die Kapitalbeteiligung mit Einwirkungsmöglichkeiten verbunden werden soll, da es sonst zu einer Verwässerung der demokratisch gebotenen Ingerenzrechte der öffentlichen Hand führen würde: Siehe oben C. II. 6. c.

<sup>1557</sup> Vgl. aber oben unter C. II. 6. c.

Verwiesen sei außerdem auf die Rechtsprechung des EuGH zur vergaberechtsfreien Vergabe von Aufträgen der Abfallentsorgung an eine kommunale Anstalt durch anliegende Gebietskörperschaften im Sinne einer kommunalen Zusammenarbeit<sup>1558</sup>.

Eine Befreiung vom Vergaberecht besteht auch im umgekehrten Fall der „bottom-up“-Vergabe, wenn die Anstalt einen Auftrag an die Gemeinde vergibt, § 108 Abs. 3 GWB.

## **b. Unterschwellenbereich**

Unterhalb der Schwellenwerte kommt es für eine Ausschreibungspflicht auf die jeweilige Regelung der Landesvergabegesetze, Kommunalverfassungen und des öffentlichen Haushalts-<sup>1559</sup> und Budgetrechts des jeweiligen Bundeslands an<sup>1560</sup>. Nach § 31 ThürGemHV und § 24 ThürGemHV-Doppik<sup>1561</sup> hat der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich eine öffentliche Ausschreibung voranzugehen. Außerdem wird angeordnet, dass bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, die Verdingungsordnung für Leistungen und die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen sowie die zum öffentlichen Auftragswesen ergangenen Richtlinien des Landes anzuwenden sind.

## **14. Wettbewerbsrecht**

Die öffentliche Hand unterliegt sowohl den Beschränkungen als auch dem Schutz des Lauterkeitsrechts<sup>1562</sup>.

Die Wettbewerbswidrigkeit bestimmter Verhaltensweisen beurteilt sich insbesondere nach den Anforderungen der §§ 3 - 7 UWG unter Beachtung der spezifischen Besonderheiten, welche für die öffentliche Hand gelten<sup>1563</sup>. Nach § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen verboten. Geschäftliche Handlungen sind in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG legaldefi-

---

<sup>1558</sup> EuGH, Urt. v. 09.06.2009 - C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 = EuZW 2009, 529.

<sup>1559</sup> Dieses verweist ggf. auf die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen.

<sup>1560</sup> *Schröder*, NZBau 2003, 596 (597).

<sup>1561</sup> Welche der beiden Normen einschlägig ist, ist abhängig von der Bestimmung der anwendbaren Vorschriften für die Wirtschaftsführung und das Rechnungswesen, § 76c Abs. 2 S. 2 ThürKO.

<sup>1562</sup> BGH GRUR 2012, 201 (203), Rn. 21; *Keller*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*: § 2 UWG Rn. 42 ff.

<sup>1563</sup> *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*: § 3a UWG Rn. 2.34.

niert. Erforderlich ist ein marktbezogenes, d.h. nach außen wirkendes Handeln<sup>1564</sup>. Auch hoheitliche Maßnahmen können geschäftliche Handlungen sein. Auf § 823 Abs. 1 BGB kann subsidiär zurückgegriffen werden, sofern es an einer geschäftlichen Handlung fehlt<sup>1565</sup>.

Aus § 1 UWG lässt sich kein Sittencodex für öffentliche Unternehmen ableiten. Zu fragen ist vielmehr danach, ob das Anstaltshandeln wettbewerbsrechtliche Auswirkungen zeitigen, das privatrechtliche Interesse und Erwerbsstreben des Mitbewerbers berühren kann<sup>1566</sup>. Sofern ein Bezug zu einem Wettbewerbsverhältnis besteht, kann eine nicht von einem öffentlichen Zweck gedeckte Tätigkeit unlauter sein<sup>1567</sup>. Nicht unlauter ist die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bei gleichzeitig vorliegender Gewinnerzielungsabsicht<sup>1568</sup>.

Wettbewerbswidrig wird erst die Ausnutzung einer Sonderstellung oder der zweckwidrige Einsatz öffentlicher Mittel gezielt zur Benachteiligung privater Marktteilnehmer<sup>1569</sup>, § 4 Nr. 4 UWG. Als lauterkeitswidrig kann es sich auch erweisen, wenn die Leistung der Anstalt mit einer Pflicht zur Nutzung verknüpft wird und private Marktteilnehmer hierdurch verdrängt werden<sup>1570</sup>. In diese Fallgruppe könnte ein Anschluss- und Benutzungszwang, zugunsten einer Anstalt des öffentlichen Rechts normiert, einzuordnen sein. Die Anwendung des Wettbewerbsrechts erscheint dann sachgemäß, wenn die Nachfrager alternativ auch die Leistungen eines privaten Anbieters in Anspruch nehmen können, der Anschluss- und Benutzungszwang mithin nicht die Entstehung eines Marktes verhindert, ein Wettbewerb also grundsätzlich besteht<sup>1571</sup>. In den seltensten Fällen dürfte indes das Verdikt der Unlauterkeit vorliegen, da in Ausnahmefällen eine Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang gewährt und dieser ohnehin nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter angeordnet wird (wie Umweltschutz, Volksgesundheit u. Ä.).

Gerichtlicher Rechtsschutz kann vor den Zivil- wie Verwaltungsgerichten<sup>1572</sup> ersucht werden (Lehre von der Doppelnatur)<sup>1573</sup>, sofern es nicht lediglich um die Frage des Marktzutritts geht – entsprechende Streitigkeiten sind vor den Verwaltungsgerichten auszutragen. Sofern sich

---

<sup>1564</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

<sup>1565</sup> *Omsels*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*: § 4 UWG D. Rn. 7.

<sup>1566</sup> *Keller*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*: § 2 UWG Rn. 45.

<sup>1567</sup> *Badura*, DÖV 1998, 818 (822).

<sup>1568</sup> *Omsels*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*: § 4 UWG D. Rn. 123.

<sup>1569</sup> *Omsels*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*: § 4 UWG D. Rn. 273; *Püttner*, Unternehmen, S. 279.

<sup>1570</sup> *Omsels*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*: § 4 UWG D. Rn. 277.

<sup>1571</sup> Vgl. *Brohm*, NJW 1994, 281 (287) m.w.N.

<sup>1572</sup> *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*: § 3a UWG Rn. 2.11 und 2.13.

<sup>1573</sup> Kritisch hierzu: *Brohm*, NJW 1994, 281 (287 ff.).

der Private für eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung entscheidet, hat das Gericht auch die Einhaltung der Vorschriften des UWG zu untersuchen, § 17 Abs. 2 S. 1 GVG. Andersherum können die Zivilgerichte bei Beschreitung des Zivilrechtswegs nicht nur lauterkeitswidrige Handlungen sanktionieren, sondern auch Verbote aussprechen, die den öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich eines Verwaltungsträgers berühren<sup>1574</sup>.

### **III. Gemeinsame kommunale Anstalt**

Die gemeinsame kommunale Anstalt bzw. das in einigen Bundesländern als solches bezeichnete gemeinsame Kommunalunternehmen (GKU) ist eine Unterform des gemischt-öffentlichen Unternehmens, das von mehreren kommunalen Gebietskörperschaften getragen wird<sup>1575</sup>. Die Rechtsgrundlagen finden sich vornehmlich in den Gesetzen über die kommunale Gemeinschaftsarbeit, in Thüringen in den §§ 43, 44 ThürKGG. Soweit nicht dieses Gesetz oder die Verbandssatzung besondere Vorschriften enthalten, sind auf den Zweckverband die für Gemeinden zur kommunalen Anstalt des öffentlichen Rechts geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden<sup>1576</sup>.

Der Vorteil der Zusammenarbeit mehrerer Gemeinden besteht darin, dass Ressourcen gemeinsam aufgebracht und verwaltet werden, sodass Synergieeffekte und eine Nutzungsauslastung des Unternehmens erzielt werden können. Projekte und Aufgaben, die die Leistungsfähigkeit einer Kommune übersteigen, können so kooperativ bewältigt werden. Außerdem fallen in Bereichen, für die Gebühren erhoben werden, steuerliche Mehrbelastungen weg<sup>1577</sup>.

Sollen jedoch auch juristische Personen des Privatrechts beteiligt werden, scheidet das GKU als Organisationsform aus. Insofern ist auf den Zweckverband zurückzugreifen, der eine solche Beteiligung zulässt.

#### **1. Entstehung und Beitritt**

Ein GKU kann von Gemeinden durch Vereinbarung einer Unternehmenssatzung gegründet

---

<sup>1574</sup> Köhler, in: Köhler/Bornkamm: § 3a UWG Rn. 2.16.

<sup>1575</sup> § 2 Abs. 4 ThürKGG.

<sup>1576</sup> § 44 Abs. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 ThürKGG.

<sup>1577</sup> Holz/Kürten/Grabolle, KommJur 2014, 281 (285).

werden<sup>1578</sup>. Auch kann einer bestehenden Anstalt oder einem bestehenden GKU beigetreten werden, indem die Unternehmenssatzung geändert wird<sup>1579</sup>. Voraussetzung ist jeweils, dass die Vorgaben des Kommunalwirtschaftsrechts, insbesondere die Schrankentrias, beachtet werden. Eine Verschmelzung einer kommunalen Anstalt mit einer anderen ist nach § 43 Abs. 2 ThürKGG möglich. Diese Vorgänge werden grundsätzlich am Tag nach der Bekanntmachung der Unternehmenssatzung oder ihrer Änderung wirksam<sup>1580</sup>.

Entsprechend den Vorschriften zur kommunalen Anstalt können private Unternehmen, an welchen ausschließlich kommunale Körperschaften des öffentlichen Rechts beteiligt sind, in ein GKU umgewandelt werden<sup>1581</sup>. Wirksam wird die Umwandlung mit Eintragung der Umwandlung oder der Anstalt<sup>1582</sup>.

Andere Bundesländer kennen die Möglichkeit der Umwandlung durch Formwechsel von Zweckverbänden, an welchem nur Kommunen beteiligt sind<sup>1583</sup>, in ein GKU, in Thüringen ist dies hingegen **nicht spezifisch** geregelt<sup>1584</sup>. § 23 Abs. 1 ThürKGG regelt allgemein, dass in Ermangelung spezieller Regelungen im ThürKGG oder in der Verbandssatzung die für die Gemeinden geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind. Dies bedeutet, dass der Begriff der „Gemeinde“ durch den des Zweckverbandes zu ersetzen ist. Zweckverbände können daher (gemeinsame) kommunale Anstalten nach § 76a ThürKO bzw. § 43 ThürKGG errichten und alle oder einen Teil der von ihnen wahrgenommenen Aufgaben auf eine Anstalt übertragen.

Eine Umwandlung des Zweckverbandes selbst ist jedoch gesetzlich nicht ausdrücklich i.S.d. § 1 Abs. 2 UmwG vorgesehen. Daher kann auch eine Umwandlungsmöglichkeit **nicht** gemäß § 23 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 ThürKGG **lediglich statutarisch** festgelegt werden.

Es verbietet sich somit auch eine Analogie zu den § 76a ThürKO und § 43 ThürKGG mangels ausdrücklicher gesetzlicher Normierung.

Eine Änderung des ThürKGG dahingehend, eine Umwandlung eines Zweckverbandes in ein GKU zuzulassen, ist daher wünschenswert. Der Sache nach handelt es sich dann um einen

---

<sup>1578</sup> § 43 Abs. 1 S. 1 ThürKGG.

<sup>1579</sup> § 43 Abs. 1 S. 2, 3 ThürKGG; vgl. auch § 44 Abs. 6 S. 3 i.V.m. § 38 Abs. 3 S. 1 ThürKGG.

<sup>1580</sup> § 43 Abs. 4 S. 1 ThürKGG.

<sup>1581</sup> § 43 Abs. 3, 4 ThürKGG.

<sup>1582</sup> § 43 Abs. 4 S. 3 ThürKGG.

<sup>1583</sup> § 37 Abs. 2 Nr. 3, 4 GKGBbg.

<sup>1584</sup> Ebenso wenig wie die Umwandlung eines GKU in einen Zweckverband.

Formwechsel, weil der Zweckverband nicht lediglich einen Vermögensteil abspalten oder ausgliedern (dann könnte er nämlich eine Anstalt oder ein GKG errichten<sup>1585</sup>), sondern sein gesamtes Vermögen auf die gemeinsame kommunale Anstalt übergehen lassen will.

## **2. Besondere Bestimmungen zum Verwaltungsrat**

Es gelten die Grundsätze zu den Aufgaben und der Zusammensetzung des Verwaltungsrats wie in einer kommunalen Anstalt mit den Modifikationen, die § 44 ThürKGG vorsieht.

Die Vertreter der Träger sind, da es sich um Gemeinderatsmitglieder handelt oder sie zumindest von diesen gewählt wurden, demokratisch (organisatorisch-personell) legitimiert<sup>1586</sup>.

Für die Zusammensetzung des Verwaltungsrats und die Stimmabgabe ist § 44 Abs. 4 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 – 6, Abs. 2 ThürKGG maßgeblich.

Der Verwaltungsrat besteht aus einem Vorsitzenden, der vom Verwaltungsrat aus dessen Mitte gewählt wird<sup>1587</sup>, und den übrigen Verwaltungsratsmitgliedern. Die gesetzlichen Vertreter der Beteiligten sind Verwaltungsratsmitglieder kraft Amtes<sup>1588</sup>.

Jeder Beteiligte (jeder Träger) entsendet mindestens ein Mitglied in den Verwaltungsrat. Die Unternehmenssatzung kann bestimmen, dass einzelne oder alle Beteiligte mehrere Mitglieder entsenden können. Diese müssen ihre Stimmen nach interner Abstimmung mit dem jeweiligen Beteiligten – wobei das Mehrheitsprinzip gilt - einheitlich durch den gesetzlichen Vertreter des Beteiligten abgeben. Bei Stimmengleichheit in der internen Abstimmung entscheidet die Stimme des gesetzlichen Vertreters. Eine Stimmabgabe entgegen der internen Abstimmung berührt die Gültigkeit des Beschlusses des Verwaltungsrats jedoch nicht<sup>1589</sup>. Möglich ist auch, ein Verwaltungsratsmitglied mit einem mehrfachen Stimmrecht zu versehen.

Für Wahlen und Beschlüsse des Verwaltungsrats gelten grundsätzlich die Bestimmungen der Kommunalordnungen über den Ausschluss wegen persönlicher Beteiligung<sup>1590</sup>. Davon ausgenommen sind jedoch Wahlen, Beratungen und Abstimmungen bei Beschlüssen, die einem Be-

---

<sup>1585</sup> § 23 Abs. 1 ThürKGG i.V.m. § 76a ThürKO bzw. § 43 ThürKGG.

<sup>1586</sup> Siehe oben unter C. II. 5. b.

<sup>1587</sup> §§ 44 Abs. 4 S. 2, 32 Abs. 1 ThürKGG. Der Verwaltungsrat kann außerdem den Stellvertreter des Vorsitzenden wählen.

<sup>1588</sup> §§ 44 Abs. 4, 28 Abs. 2 ThürKGG.

<sup>1589</sup> § 44 Abs. 4 i.V.m. §§ 28 Abs. 1 S. 6, 30 Abs. 2 S. 6 ThürKGG.

<sup>1590</sup> §§ 44 Abs. 4 S. 3, 30 Abs. 4 S. 1 ThürKGG i.V.m. § 38 ThürKO.

teiligten einen unmittelbaren Vor- und Nachteil gewähren<sup>1591</sup>. Das ist auch sachgerecht, da die Verwaltungsratsmitglieder gerade die Interessen der sie entsendenden Beteiligten wahrzunehmen haben, wie im Abstimmungserfordernis<sup>1592</sup> zum Ausdruck kommt. Über den Verwaltungsrat sollen die Interessen der beteiligten Kommunen in die GKU transportiert und ihnen Geltung verschafft werden.

Daneben können Weisungsrechte bestehen, sofern sie statutarisch allgemein oder für bestimmte Angelegenheiten festgesetzt wurden<sup>1593</sup>.

Der Verwaltungsrat beschließt über Änderungen der Unternehmenssatzung<sup>1594</sup>, den Erlass von Satzungen und Rechtsverordnungen gemäß § 44 Abs. 1 in Verbindung mit § 76 a Abs. 2 Satz 3 ThürKO, die Festsetzung von allgemein geltenden Abgaben und privatrechtlichen Entgelten der kommunalen Anstalt, die Beteiligung an anderen Unternehmen, die Bestellung des Abschlussprüfers, die Ergebnisverwendung, die Feststellung des Wirtschaftsplans und des Jahresabschlusses und des GKU<sup>1595</sup>. Für die meisten dieser Beschlussgegenstände besteht zusätzlich ein Zustimmungsvorbehalt aller Träger<sup>1596</sup>.

### **3. Unternehmenssatzung**

Über die Vorschriften zum Inhalt der Unternehmenssatzung einer kommunalen Anstalt<sup>1597</sup> hinausgehend, muss die Satzung des GKU außerdem Angaben enthalten über die Träger des Unternehmens (die Beteiligten), dessen Sitz, den Betrag der Stammeinlage der jeweiligen Beteiligten, Sitz- und Stimmenverteilung im Verwaltungsrat und u.U. auch über den räumlichen Wirkungskreis sowie die Übernahme von Beamten und Versorgungsempfängern<sup>1598</sup>. Kleinere Gemeinden werden in der Regel ihrer Leistungsfähigkeit entsprechend eine geringere Stammeinlage leisten müssen, was sich auch auf ihre Haftung für die Verbindlichkeiten des GKU im Innenverhältnis auswirkt<sup>1599</sup>.

---

<sup>1591</sup> § 30 Abs. 4 S. 2 ThürKGG.

<sup>1592</sup> §§ 44 Abs. 4, 28 Abs. 1 S. 4, 5 ThürKGG.

<sup>1593</sup> § 44 Abs. 7 ThürKGG, § 5 Abs. 3 Nr. 1 ThürAVO.

<sup>1594</sup> Dazu sogleich unter 3.

<sup>1595</sup> § 44 Abs. 6 S. 1 ThürKGG.

<sup>1596</sup> § 44 Abs. 6 S. 2 ThürKGG.

<sup>1597</sup> §§ 76a Abs. 4 S. 2, 129 Abs. 2 Nr. 11 ThürKO, § 5 Abs. 1 ThürAVO.

<sup>1598</sup> § 44 Abs. 2, 7 ThürKGG und § 5 Abs. 2 ThürAVO.

<sup>1599</sup> § 44 Abs. 5 S. 2 ThürKGG.



Der Verwaltungsrat beschließt über Änderungen der Unternehmenssatzung<sup>1600</sup>. Diese Regelung weicht von den Bestimmungen zur kommunalen Anstalt ab, bei der der Anstaltsträger auch über Änderungen der Satzung entscheidet. Für das GКУ muss aber ein anderer Weg eingeschlagen werden, da dieses mehrere Träger hat. Die Willen der Beteiligten können nur im Verwaltungsrat möglichst unkompliziert koordiniert werden. Die Gemeinden werden hierdurch auch nicht übergangen, da sie ihren entsandten Mitgliedern ggf. Weisungen erteilen können bzw. eine Stimmabgabe durch mehrere entsandte Mitglieder einer vorherigen Abstimmung mit dem einzelnen Beteiligten bedarf. Eine weitere Kautele findet sich in dem Zustimmungserfordernis des § 44 Abs. 6 S. 2 ThürKGG.

#### **4. Haftung**

Soweit die Träger für die Verbindlichkeiten der gemeinsamen kommunalen Anstalt einzustehen haben, haften sie als Gesamtschuldner. Der Ausgleich im Innenverhältnis richtet sich vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Unternehmenssatzung nach dem Verhältnis der Stammeinlagen zueinander<sup>1601</sup>.

Diese besondere Regelung zur Gewährträgerhaftung stellt sicher, dass keiner der Träger unverhältnismäßig belastet wird.

#### **5. Ausscheiden eines Beteiligten und Abwicklung**

Das Ausscheiden eines Beteiligten führt nicht zur Abwicklung des GКУ, kann aber – sofern dies in der Unternehmenssatzung vorgesehen ist – zur Auseinandersetzung führen<sup>1602</sup>.

Der Beschluss über einen Austritt setzt einen Antrag des Begehrenden voraus. Ein Ausschluss ist nur aus wichtigem Grund zulässig<sup>1603</sup>. Außerdem kann jeder Beteiligte durch Kündigung aus wichtigem Grund aus der gemeinsamen kommunalen Anstalt ausscheiden<sup>1604</sup>. Ob eine Auseinandersetzung stattzufinden hat und die Art und Weise dieser Auseinandersetzung mit einem ausscheidenden Träger bestimmen sich nach der Unternehmenssatzung<sup>1605</sup>.

---

<sup>1600</sup> § 44 Abs. 6 S. 1 ThürKGG.

<sup>1601</sup> § 44 Abs. 5 ThürKGG.

<sup>1602</sup> § 44 Abs. 6 S. 4, § 41 Abs. 5 S. 2 ThürKGG.

<sup>1603</sup> § 44 Abs. 6 S. 3, § 38 Abs. 3 ThürKGG.

<sup>1604</sup> § 44 Abs. 6 S. 3, § 38 Abs. 5 S. 1 ThürKGG.

<sup>1605</sup> § § 44 Abs. 6 S. 4, § 41 Abs. 4 S. 2 ThürKGG und § 44 Abs. 7 ThürKGG i.V.m. § 5 Abs. 3 Nr. 9, 10 ThürAVO.

Wird ein beteiligter Träger in eine andere Gebietskörperschaft eingemeindet, tritt die aufnehmende Gemeinde an die Stelle des früheren Trägers<sup>1606</sup>. Jedoch kann das GКУ diesen neuen Beteiligten durch Beschluss ausschließen; auch kann der neue Beteiligte seinen Austritt erklären<sup>1607</sup>. Hier sind gegebenenfalls Auseinandersetzungsregelungen anzuwenden.

Wenn das GКУ aufgelöst wird, muss es abgewickelt werden<sup>1608</sup>. Die Vorstandsmitglieder fungieren dabei als Abwickler<sup>1609</sup>.

## **6. Vergaberecht**

Die Kriterien der Inhouse-Vergabe finden auch bei interkommunaler Zusammenarbeit, d.h. im Rahmen einer gemeinsamen kommunalen Anstalt, Anwendung. Nach § 108 Abs. 4 GWB ist nicht erforderlich, dass der jeweilige öffentliche Auftraggeber/jede Gemeinde über das GКУ eine ähnliche Kontrolle wie über/ihre seine eigenen Dienststellen ausübt. Erforderlich und ausreichend ist vielmehr, dass der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit den anderen öffentlichen Auftraggebern über das GКУ eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen. Mithin ist eine gemeinsame Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber zulässig. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist notwendig, dass jede dieser Stellen sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt ist<sup>1610</sup>. Im Übrigen gelten auch das Wesentlichkeitskriterium (d.h. ein Drittumsatz, der weniger als 20 % beträgt, ist unschädlich) und der grundsätzliche Ausschluss einer direkten privaten Kapitalbeteiligung an dem GКУ.

## **C. Zusammenfassung und Empfehlung für die Rechtsformwahl**

Die (gemeinsame) Anstalt des öffentlichen Rechts erscheint derzeit als die am meisten geeignete Organisationsform für kommunale Unternehmen und die interkommunale Zusammenarbeit. Sie schafft einen Spagat zwischen freiem unternehmerischen Wirken und der Absicherung verfassungsrechtlicher wie einfachgesetzlicher Direktiven.

---

<sup>1606</sup> § 44 Abs. 6 S. 3, § 39 Abs. 1 S. 1 ThürKGG.

<sup>1607</sup> § 44 Abs. 6 S. 3, § 39 Abs. 2 ThürKGG.

<sup>1608</sup> § 44 Abs. 6 S. 4, § 41 Abs. 1 S. 1 ThürKGG.

<sup>1609</sup> § 44 Abs. 6 S. 4 ThürKGG.

<sup>1610</sup> EuGH, Urt. v. 29.11.2012 – C-182/11 und C-183/11 = ECLI:EU:C:2012:758, Rn. 33 - Econord SpA.

Insbesondere die Verfolgung des öffentlichen Zwecks ist angemessen gesichert. Der Anstalts-träger kann - über den Gemeinderat – durch die Ausübung von Weisungsrechten Einfluss auf das Unternehmenshandeln nehmen. Wünschenswert wäre insofern jedoch, dass bereits im Kommunalrecht Materien besonderer Wichtigkeit festgelegt werden, hinsichtlich derer der Gemeinderat Weisungsbefugnisse besitzt, ohne dass diese erst satzungsrechtlich bestimmt und konkretisiert werden müssten. Angesichts der Einwirkungsmöglichkeiten der Kommunalaufsicht, die hingegen bei Gesellschaftsformen nur eingeschränkt durchsetzungsfähig sind, kann auf problematische Entwicklungen in der Unternehmensführung reagiert werden. Insbesondere kann die Aufsicht darauf hinwirken, dass die Unternehmenssatzung geändert wird. Ferner können gegebenenfalls erforderliche, aber nicht erteilte Weisungen ersetzt werden. Anders als in privatrechtlich organisierten öffentlichen Unternehmen besteht kein Konflikt mit dem bundesrechtlichen Gesellschaftsrecht. Normativ wird die Anstalt vom öffentlichen Recht geprägt.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats sind personell demokratisch legitimiert und geben diese durch die Wahl des Vorstandes an diesen weiter. Bei Beteiligungsgesellschaften ist hingegen nicht gewährleistet, dass die Leitungs- und Aufsichtsorgane mit Volksvertretern besetzt sind.

Aus sozial- und arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten ist für kommunale Beschäftigte bei der Errichtung einer Anstalt positiv hervorzuheben, dass bei der Überleitung des im kommunalen Dienst stehenden Personals in die Anstalt tarifvertragliche- und arbeitsrechtliche Strukturen des öffentlichen Dienstes erhalten bleiben können.

Durch die Einführung der Doppik ist auch in der AöR eine kaufmännische Buchführung gewährleistet. Aufgrund der relativen Autonomie des Vorstandes ist ein Handeln nach wirtschaftlichen Grundsätzen möglich.

Finanzierungsmöglichkeiten bestehen ebenfalls in vielfältiger Hinsicht. Die Anstaltslast gewährleistet die Aufgabenerfüllung durch das kommunale Unternehmen. Die Gemeinde als Anstaltsträgerin steht hierdurch nicht substantiell schlechter da als bei einer Beteiligung in Kapitalgesellschaften, für welche sie unter Umständen ebenfalls eine finanzielle Einstandspflicht hat. Nötigenfalls kann die Gemeinde einen Anspruch gegenüber dem Land auf finanziellen Ausgleich entsprechend den Landesfinanzausgleichsgesetzen geltend machen.

Eine unmittelbare Beteiligung Privater an der Anstalt, durch Erwerb von Anteilen am Stammkapital, ist als wesentlich zu betrachten und bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage. Da diese nicht existiert, ist eine unmittelbare Beteiligung unzulässig. Ein Zusammenwirken von Privaten mit der Anstalt unter dem Dach einer stillen Gesellschaft erscheint demgegenüber möglich, wenn es sich um eine typische stille Beteiligung ohne Einwirkungsmöglichkeiten gegenüber der Unternehmensführung handelt. Bei einer atypischen stillen Beteiligung bestehen hingegen umfassendere Sicherungspflichten, damit ein maßgeblicher Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung zulasten der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks eingedämmt wird. Unabhängig davon fehlt es an einer erforderlichen gesetzlichen Grundlage, die die atypische stille Gesellschaft zulässt. Die Anstalt kann sich hieran also nicht beteiligen.

Nach gegenwärtigem Stand besteht daher kein Bedürfnis nach der Schaffung einer neuen, den die Strukturen einer Kapitalgesellschaft entsprechenden öffentlich-rechtlichen Unternehmensform. Dies gilt trotz des Umstandes, dass die Beschaffung finanzieller Mittel bei Gesellschaften durch die Beteiligung Privater einfacher erscheint, überwiegt hier doch der Nachteil der Verwässerung des kommunalen Einflusses. Darüber hinaus ist es erst nach einer umfassenden Aufarbeitung der Rechtstatsächlichkeit – vor allem nach einer längerfristigen Beobachtung des unternehmerischen Auftretens in Anstaltsform - möglich, juristische Schlussfolgerungen zu ziehen und zu beurteilen, ob die Implementierung einer neuen Unternehmensform erforderlich erscheint<sup>1611</sup>. Dies betrifft etwa die Frage nach den Auswirkungen auf die Daseinsvorsorge durch einen verstärkten und rechtlich durchsetzbaren Einfluss der öffentlichen Hand auf die Anstaltstätigkeit (Gefahr der Politisierung durch Interventionen des Bürgermeisters und Gemeinderats) und durch Entscheidungen der Verwaltungsgerichte<sup>1612</sup>.

Gleichwohl besteht auch bei Anstalten ein (überschaubares) Reformbedürfnis. Dies betrifft zum Beispiel die Abstinenz von Regelungen über die Materien, die per se einer Weisungsbefugnis des Gemeinderats unterliegen, zur Abberufung und der Zahl der Vorstandsmitglieder oder zu Informationsrechten des Gemeinderats. Aus Vereinfachungsgründen wäre hinsichtlich eines GКУ erfreulich, eine Regelung zur Umwandlung von Zweckverbänden in eine gemeinsame kommunale Anstalt zu schaffen. Im Übrigen können nur in der Praxis auftretende pathologische Fälle offenbaren, inwieweit die anstaltsrechtlichen Vorschriften Lücken aufweisen.

---

<sup>1611</sup> Stober, NJW 2002, 2357 (2366).

<sup>1612</sup> Leisner-Egensperger, ThürVBl. 2014, 81 (83).

## **Kapitel 6**

### **Zusammenfassung in Thesen**

#### **A. Kapitel 2**

Die Anstalt des öffentlichen Rechts lässt sich definitorisch nicht allgemeingültig erfassen. Es handelt sich vielmehr um einen Typusbegriff, der eine wertende Betrachtung erforderlich macht. Erforderlich ist, dass das jeweilige öffentliche Unternehmen das Gepräge einer Anstalt aufweist. Typischerweise verfügt sie über Benutzer, ist verselbständigt, verfügt über eigene Sachmittel und eigenes Personal und nimmt Verwaltungsaufgaben wahr.

#### **B. Kapitel 3**

1. Das Pendel zwischen den Seiten der Privatisierung und der Rekommunalisierung schlägt gegenwärtig zu letzterer um. Dies liegt an dem Versagen privater Märkte und der privaten Schaffenskraft, am vornehmlichen Ziel der Gewinnerzielung zulasten der Verfolgung öffentlicher Zwecke durch private Akteure, an der Hoffnung auf das Vermögen der öffentlichen Hand zu ökonomisch-rationalem Handeln und auf die darauf aufbauende Fähigkeit zur Überwindung kommunaler Finanznöte aus eigener Kraft.

2. Kommunale Eigengesellschaften sind trotz ihrer rechtlichen wie tatsächlichen Eigenständigkeit selbst unmittelbar grundrechtsverpflichtet, da sie bei wertender Betrachtung aufgrund der alleinigen Anteilsinhaberschaft der Gemeinden mit diesen gleichzusetzen sind. Rechtsschutzersuchen können sich daher direkt gegen das Unternehmen richten.

3. Beteiligungsgesellschaften unterliegen hingegen keiner Grundrechtsverpflichtung, würde dies doch sonst dazu führen, dass die eigentumsrechtliche Position verkürzt bzw. der Geschäftsanteil des privaten Anteilseigners entwertet und damit auch dessen Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung und Entfaltung sowie aus Art. 9 Abs. 1 GG beeinträchtigt würde. Private Anteilseigner können nicht auf die Möglichkeit des Austritts aus der Gesellschaft verwiesen werden. Die Rechtsschutzmöglichkeiten des Grundrechtsbetroffenen werden zudem nicht substantiell geschmälert. Grundrechtsschutz können sie über die Geltendmachung eines Anspruchs auf Einwirkung auf das Unternehmen gegenüber der Gemeinde als Anteils-

eignerin und als einzig Grundrechtsverpflichtete erreichen. Freilich ist dies davon abhängig, dass sich die Gemeinde ausreichende Einflussnahme- und Mitgliedschaftsrechte gesichert hat.

4. Ein Grundrechtseingriff in Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 oder 14 Abs. 1, 2 GG kommt nicht erst bei nicht marktkonformen Verhalten der öffentlichen Hand in Betracht. Die Gemeinde kann sich nie ihrer grundrechtlichen Bindungen entledigen. Zudem verfügt die öffentliche Hand über Privilegien und Vorteile, die privaten Akteuren nicht gleichermaßen eröffnet sind. Das Auftreten der Gemeinde am Markt schwächt die Marktposition privater Unternehmer. Dies ist nicht schon allein durch die Gründung des Unternehmens bedingt, sondern beruht auf seiner wirtschaftlichen Betätigung.

5. Ein Grundrechtseingriff durch kommunale Wirtschaftsteilnahme ist indes nur gerechtfertigt, wenn er auf einer verfassungskonformen Rechtsgrundlage beruht, ein öffentlicher und damit legitimer Zweck mittels des Unternehmens verfolgt und das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachtet werden.

6. Öffentliche Unternehmen üben Staatsgewalt aus. Diese liegt nämlich bei einer von der öffentlichen Hand gesteuerten Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und der Ausübung staatlicher Befugnisse vor, denn hier besteht ein Bedürfnis nach Rückführung entsprechender Handlungen auf den Willen des Volkes. Sofern die Letztentscheidung einem demokratisch Verantwortlichen vorbehalten ist, ist die Involvierung von rein beratenden Gremien unbedenklich, wenn die Einsetzung solcher Institutionen auch von einem demokratisch legitimierten Organ/Amtswalter beschlossen wird.

7. Zur vollziehenden Gewalt zählen auch die in privatrechtlicher Form organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand, obgleich diese im Falle der Beteiligung Privater nicht selbst unmittelbar grundrechtsverpflichtet sind. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen haben sich selbst nicht den Bindungen des Demokratieprinzips zu unterwerfen, die öffentliche Hand als Gesellschafterin hingegen schon. Die Motivationen zwischen privater und öffentlicher Hand divergieren (Gewinnerzielung hier, Verfolgung öffentlicher Zwecke dort), sodass eine aufspaltende Betrachtung angezeigt ist.

8. Wenn das Unternehmen von der Kommune zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben instrumentiert wird, sich diese also auch alternativ einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform be-

dienen hätte können, ergibt sich die Notwendigkeit für die öffentliche Hand, die Gesamtverantwortung für das Unternehmen zu tragen. Diese Verantwortung trifft die öffentliche Hand auch bei einer Minderheitsbeteiligung.

9. Als Folge aus der der öffentlichen Hand zurechenbaren Ausübung von Staatsgewalt ergibt sich die Bedingung der Erreichung eines notwendigen Ingerenzniveaus, um dem Demokratieprinzip Rechnung zu tragen. Die Erreichung des Niveaus ist nicht allgemeingültig definierbar, hängt insbesondere von den Umständen des Einzelfalls – wie etwa von der Beteiligungsquote der öffentlichen Hand und der Wichtigkeit der wahrgenommenen Aufgabe – ab.

10. Das notwendige Ingerenzniveau ist grundsätzlich gesetzlich vorzuzeichnen. Freilich hängt die Regelungsdichte von dem Topos des Beurteilungs- und Ermessensspielraums der Gemeinde unter Respektierung der Selbstverwaltungsgarantie und der Befugnis zur eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung ab. Vor dem Hintergrund des Wesentlichkeitsdogmas kann sich der Gesetzgeber jedoch nicht einer Regelung erwehren.

11. Die Wahl der Organisationsform hat Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz vor dem Hintergrund des Topos’ „Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren“, hängen schließlich die Intensität, Qualität und Zielrichtung der Aufgabenerledigung hiervon ab.

12. Die Anstaltsform kann nur dann gewählt werden, wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, da die Anstalt rechtsfähig, aus der allgemeinen Kernverwaltung der Gemeinde ausgegliedert und daher mit einer Reduktion von Rechten zur unmittelbaren Einflussnahme auf die Unternehmensführung verbunden ist. Außerdem verfügt die Anstalt über die Befugnis zu Grundrechtseingriffen.

13. Entsprechend den Kommunal- bzw. Gemeindeordnungen sind Errichtung und Betrieb eines öffentlichen Unternehmens nur zulässig, wenn es sich tatsächlich fortwährend der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben widmet. Hierfür eignen sich besonders in öffentlich-rechtlicher Rechtsform organisierte Unternehmen, da sie grundsätzlich durch flache Hierarchien und kurze Entscheidungswege gekennzeichnet sind. Je wichtiger die Sicherung der Wahrnehmung einer Aufgabe ist, desto eher ist auf öffentlich-rechtliche Organisationsstrukturen wegen des Credos der aufgabenangemessenen Organisationsstruktur zurückzugreifen.

14. Vor dem Hintergrund der Selbstverwaltungsgarantie muss den Gemeinden ein Spielraum zur Entscheidung über die Organisationsstruktur der Unternehmen verbleiben, derer sie sich zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben bedienen können. Ausreichend ist dafür, dass sie sich zwischen verschiedenen Rechtskleidern entscheiden können, auch wenn diese nur öffentlich-rechtlicher Natur sind.

15. Die Organisationsformen kommunaler Unternehmen sind beschränkt auf diejenigen Formen, die die Kommunalordnungen ausdrücklich vorsehen wegen der Grundrechtsrelevanz (auch vor dem Hintergrund des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren) kommunaler Wirtschaftstätigkeit und der dadurch bedingten inhaltlichen Vorbestimmung der Aufgabenwahrnehmung. Nicht normierte Rechtskleider stehen den Gemeinden nicht zur Wahl.

16. Aus dem Demokratieprinzip folgt zwingend, dass jedes öffentliche Unternehmen einen öffentlichen Zweck verfolgt und eine diesbezügliche Betätigungskontrolle eingerichtet wird.

17. Aufgrund des bundesrechtlich erlassenen Gesellschaftsrechts sind Aufsichtsratsmitglieder in einer AG oder in einem obligatorischen Aufsichtsrat einer GmbH weisungsunabhängig. Kommunalrechtliche Normen, die gleichwohl eine Weisungsbindung vorsehen, werden gemäß Art. 31 GG vom Bundesrecht gebrochen. Nur in einer GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat können Weisungsrechte landesrechtlich stipuliert werden.

18. Die Erreichung des notwendigen Ingerenzniveaus muss grundsätzlich auf andere Weise als über die Anordnung der Weisungsabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, nämlich mit gesellschaftsrechtsverträglichen Mitteln sichergestellt werden.

19. Die Wahl des Rechtskleides kommunaler Unternehmen steht nicht unter der Bedingung, dass rechtliche Vorgaben, zu denen auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit zählt, optimal erfüllt werden. Der Kommune ist ein Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des geeigneten Rechtsgewandes in den Grenzen des Rechtsstaatsprinzips bzw. den Grundsätzen der pflichtgemäßen Ermessensausübung zuzugestehen.



20. Aus Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 S. 1 und Art. 1 Abs. 3 GG ergibt sich die Notwendigkeit, öffentliche Unternehmen auf die Verfolgung eines öffentlichen Zwecks auszurichten. Daran muss sich die Organisationsformenwahl ausrichten.

21. Je größer der Anteil privater Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen ist, desto schwieriger aber auch notwendiger wird, dass sich die Gemeinde ausreichende Einflussnahmemöglichkeiten sichert, um das Erreichen des notwendigen Ingerenzniveaus zu sichern. Bei der durch Gesetz erfolgenden Festlegung von in den Gesellschaftsverträgen aufzunehmenden Einwirkungsrechten ist zwischen Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 2 GG praktische Konkordanz herzustellen.

22. Verschachtelte Organisationsstrukturen, wie Holding-Modelle, sind wegen möglicher Friktionen mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz grundsätzlich zu vermeiden.

23. Die von den Gemeinden in Auftrag gegebenen Wirtschaftlichkeitsanalysen vermögen nur begrenzt Aufschluss darüber zu geben, welche Organisationsform die wirtschaftlichste ist.

#### **C. Kapitel 4**

1. Eine kommunalrechtlich wie –politisch wirksame Steuerung öffentlicher Unternehmen durch die Gemeinde scheitert oft an der Bedenkenlosigkeit, am fehlenden betriebswirtschaftlichen Know-How und dem Vertrauen in die Betriebsführung von Seiten des Gemeinderats.

2. Ein Wirtschaftlichkeitsvergleich von privater und öffentlich-rechtlicher Organisationsform kann grundsätzlich nicht angestellt werden, da die Parameter, von denen diese Untersuchung abhängt, in Form des Gegenstandes des Unternehmens, der von ihm angebotenen Leistungen und der Dauer seines Bestehens am Markt sich nur gemessen am Einzelfall aufstellen lassen.

3. In Gesellschaften besteht das Problem der Verschwiegenheitspflicht der Organmitglieder. Kraft Art. 31 GG hat das Gesellschaftsrecht Vorrang gegenüber dem Kommunalrecht mit der Folge, dass gesellschaftsinterne Entscheidungsfindungsprozesse nicht nach außen dringen und der Gemeinde möglicherweise unbekannt bleiben. Bloß kommunalrechtlich angeordnete Bindungen von Gemeindevertretern, welche in den Gesellschaftsorganen vertreten sind, genügen

nicht, da sie nicht überspielen können, dass die Gesellschaftsorgane vornehmlich dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind.

4. Vermeintliche Einsparpotentiale bei der Realisierung von PPP-Projekten werden häufig durch hohe Kosten bei der Vertragsabwicklung und durch auftretende Leistungsstörungen wegen der Lückenhaftigkeit der zugrundeliegenden Vertragswerke – etwa im Hinblick auf die Festlegung von Qualitätsstandards - relativiert.

5. Kommunalrechtlich statuierte bloße Hinwirkungspflichten hinsichtlich der Verfolgung eines öffentlichen Zwecks bei Gesellschaften, an denen die Gemeinde mit bis zu 50% beteiligt ist, sind aus verfassungsnormativer Sicht unzulässig, da die Erfüllung öffentlicher Aufgaben hierdurch nicht dauerhaft gesichert wird. Dem möglichen Verdikt der Verfassungswidrigkeit könnte entgegengewirkt werden, wenn die Gemeinden sich fortan in den Gesellschaftsstatuten – aufgrund gesetzlicher Normierung - so viele Einflussnahmemöglichkeiten sicherten, dass das notwendige Ingerenzniveau erreicht wird.

6. Mindestens muss in den Satzungen der nach den Kommunalordnungen wählbaren Gesellschaftsformen die Aufnahme des öffentlichen Zwecks hinreichend konkret als Unternehmenszweck aufgenommen werden, da alle Gesellschaftsorgane auf die Wahrung des somit installierten Unternehmensinteresses verpflichtet werden. Bei hartnäckiger Missachtung des hierdurch festgelegten Unternehmenszwecks könnten auch municipale Vertreter im Wege der *actio pro socio* dessen Beachtung gerichtlich durchsetzen.

7. Eine statutarische und gesetzlich vorgeschriebene Implementierung des öffentlichen Zwecks in Gesellschaften als Unternehmensform nützt nur dann, wenn dieser Zweck nicht alsbald nach der Unternehmensgründung geändert werden kann, mithin muss seine Verfolgung fortwährend gesichert sein.

8. Mangels gesellschaftsrechtlich vorgesehener Weisungsbindung kann nur über die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder, die über die Besetzung der Vorstandspositionen entscheiden, Einfluss genommen werden. Dies hat nur faktische Wirkung gegenüber dem Verhalten des Vorstandes. An kommunalpolitischen Interessen werden sie sich nur ausrichten, wenn sie auf eine Wiederbestellung hoffen. Die Besetzung der Unternehmensorgane ist jedenfalls wesentlich für die Ausrichtung und Geschäftspolitik des Unternehmens.

9. Einer Weisungsbindung von Mitgliedern eines fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH widerspricht jedenfalls nicht ein vermeintliches Vertrauen von Gläubigern in deren Unabhängigkeit.

10. Die Gesellschafter einer GmbH sind gegenüber dem Geschäftsführer weisungsbefugt. Die Ausübung von Weisungsrechten von Vertretern der Gesellschaftsversammlung unter Berücksichtigung kommunaler Interessen hängt von der Loyalität dieser Mitglieder gegenüber der Kommune ab.

11. Einer Entfernung von kommunalen Interessen kann vorgebeugt werden, wenn in den Kommunalordnungen eine Beschränkung der Vertretungsmacht der Vertreter in der Gesellschafter-/Hauptversammlung von Gesellschaften vorgesehen wird.

12. Private Organisationsformen weisen gegenüber öffentlich-rechtlichen Rechtsgewändern Kontrolldefizite auf.

13. Genehmigungsfiktionen von Seiten der Kommunalaufsicht oder bloße Anzeigepflichten hinsichtlich kommunaler Wirtschaftstätigkeiten in Gesellschaftsform sind abzuschaffen und durch Genehmigungsvorbehalte für wichtige Vorgänge, wie die Gründung, Übernahme und wesentliche Erweiterung des Unternehmens, die Erweiterung oder Verkürzung des Aufgabenkreises, konzernrechtliche Veränderungen sowie für die Änderung der Rechtsform des Unternehmens, zu ersetzen.

14. Der Gemeinde kann – vor allem wegen der Möglichkeit der Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – nicht willkürlich überlassen bleiben, welche Ingerenzrechte sie sich zur Erreichung des notwendigen Ingerenzniveaus, zur Sicherung eines ausreichenden Einflusses auf das Unternehmen, vorbehalten muss, um dem demokratischen Prinzip zu genügen. Die Kommunalordnungen haben daher ausdrücklich zu normieren, welche Steuerungsmöglichkeiten obligatorisch vorzusehen sind und welche zusätzlich – absichernd und den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragend – aufgenommen werden können. Der Grad der Beteiligung der öffentlichen Hand ist dafür nicht maßgeblich, sondern nur ob die Kommune das Unternehmen ausreichend steuern kann.

15. Eine gesetzgeberische Prognose, dass die kommunalrechtlichen Bestimmungen ausreichen, damit sich die Gemeinde einen angemessenen Einfluss in einem privatrechtlich-organisierten Unternehmen sichert, hat sich während der Zeit ihres Bestehens mit Blick auf ihre Wirkkraft und Umsetzung in der Praxis als fehlerhaft und nicht zur Sicherung von Ingerenzgeboten als ausreichend herausgestellt. Den derzeit geltenden Vorgaben der Kommunalordnungen – etwa in Form des Erfordernisses, sich einen angemessenen Einfluss im Aufsichtsrat oder in einem vergleichbaren Gremium vorzubehalten -, genügen nicht, um dem verfassungsrechtlich vorgeschriebenen, notwendigen Ingerenzniveau gerecht zu werden, da sie nicht praxistauglich umgesetzt werden (können).

16. Über den Abschluss von Beherrschungsverträgen kann die Leitung einer AG zwar auch einer Gebietskörperschaft unterstellt werden, wird deren Vorstand doch dadurch weisungsabhängig. Doch bestehen hier für die öffentliche Hand in der Position als „Beherrschende“ (Verlust-)Ausgleichs- oder Schadensersatzpflichten nach den §§ 302 ff. AktG. Auch widerspricht dies der kommunalrechtlichen Bedingung der Begrenzung der Verlustübernahmepflicht.

17. Der Kommunalgesetzgeber ist seiner Nachbesserungs- bzw. Beobachtungspflicht nicht nachgekommen. Abweichend von der gebotenen Rechtsumsetzung gemeindenormativer Bestimmungen haben sich die Kommunen durchschnittlich in der Praxis keine ausreichenden Ingerenzrechte vorbehalten. Sowohl die Kommunalaufsicht wie auch die Gerichte sind dagegen nicht genügend eingeschritten. Zumindest aber haben sich die Tatsachen, die einer gesetzgeberischen Umsetzungsprognose zu Grunde gelegt wurden, als irrig erwiesen.

18. Die gegenwärtige Ausgestaltung der Kommunalordnungen sucht zwar einen Ausgleich zwischen der Schaffung organisatorischer Gestaltungsfreiheit, Flexibilität zur Anpassung an die individuellen örtlichen Bedürfnisse und grundgesetzlichen wie landesverfassungsrechtlichen Strukturdirektiven zu erreichen, doch werden in praxi bei der Ausgestaltung der vertraglichen Grundlagen bei der Umsetzung von PPP's die notwendigen Ingerenzrechte nicht zwingend festgeschrieben, sodass sich die Gemeinden im Durchschnitt hinreichende Ingerenzrechte nicht sichern. Wegen unzureichender Umsetzung der implizit in den Kommunalordnungen niedergelegten demokratischen Sicherungsvorgaben trifft den Gesetzgeber eine Nachbesserungs- und Anpassungspflicht, mithin sind die kommunalrechtlichen Vorgaben zur Wirtschaftsbetätigung in Privatrechtsform derzeit verfassungswidrig.

19. Es liegt ein Vollzugsdefizit bezüglich normativer Vorgaben für private Organisationsformen vor, welches auf einer unzureichenden Gesetzesumsetzungsabschätzung beruht. Der (Landes-)Gesetzgeber muss korrigierend eingreifen und zwar mit einer Änderung der jeweiligen Kommunalordnung.

20. Bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen bestehen hingegen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das gesetzgeberische Konzept ist stringent und bietet Gewähr für die Beachtung grundgesetzlicher (wie landesverfassungs- und einfachrechtlicher) Vorgaben.

## **D. Kapitel 5**

1. Die weitreichende Unabhängigkeit des Vorstands einer AöR birgt zwar die Gefahr der Abweichung von den Vorstellungen der Kommune über die strategische Leitung des Unternehmens. Rein faktisch wird sich dieser nicht von den Zielvorstellungen der Gemeinde entfernen, um seine erneute Bestellung nicht zu gefährden.

2. In den Anstalts(ver-)ordnungen und –gesetzen mangelt es an Regelungen zu den Voraussetzungen zur Abberufung des Vorstands aus wichtigem Grund. Gewohnheitsrechtlich ist dieses indes jederzeit möglich.

3. Die Bemessung der nicht geregelten Höchstzahl der Vorstandsmitglieder bestimmt sich aufgrund Erwägungen der Zweckmäßigkeit angepasst an die Umstände des Einzelfalls.

4. Auskunfts- und Informationspflichten des Vorstands gegenüber der Gemeinde sind einfachgesetzlich nicht ausdrücklich angeordnet. Sie lassen sich auf eine explizite rechtliche Grundlage nur stützen, wenn diese in Form einer Satzungsregelung geschaffen wurde.

5. Die Zahl der Verwaltungsratsmitglieder ist ebenfalls nicht vorgeschrieben. Analogieschlüsse aus dem bundesrechtlich erlassenen Recht der Aktiengesellschaften sind nur dann möglich, wenn Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass sich der Landesgesetzgeber diese Vorgaben zu eigen gemacht hat. Ansonsten greifen nur Zweckmäßigkeitserwägungen Platz.

6. Vereinbar mit dem Demokratieprinzip ist eine Einbeziehung von Beschäftigtenvertretern jedenfalls dann, wenn diese dem Modell des § 110 NPersVG folgt.

7. Ansonsten ist gegenüber der Besetzung von Anstaltsorganen mit Privaten wegen der damit verbundenen Gefahr der Verwässerung des Einflusses auf die Verfolgung des öffentlichen Zwecks Zurückhaltung geboten. Sachlich-inhaltliche Legitimation besteht hierfür mangels entsprechender Bestimmungen in den Anstaltsgesetzen oder –verordnungen nicht, in Betracht kommt daher nur eine durch Wahl vermittelte personelle Legitimation.

8. Gleichfalls sind Bedenken gegen die Beteiligung von Anstalten an Kapitalgesellschaften anzumelden. Wenn sich schon die Gemeinde einer solchen Beteiligung vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips enthalten sollte, gilt dies besonders für eine rechtlich von der Kommune verselbständigte Anstalt des öffentlichen Rechts, da hier die Entscheidungs- und Verantwortungswege länger werden. Hinzukommt, dass der Abschluss von Beherrschungsverträgen i.S.d. § 291 Abs. 1 AktG, dazu führt, dass die Anstalt nach § 302 AktG zur Verlustübernahme verpflichtet ist und hierdurch das kommunalrechtliche Erfordernis der Begrenzung der kommunalen Wirtschaftstätigkeit auf die Leistungsfähigkeit der Gemeinde konterkariert werden könnte.

9. Es mangelt an Normen zur Kompetenz für die Änderung der Anstaltssatzung. Aus der Kompetenz des Gemeinderats zum Erlass der Unternehmenssatzung muss geschlussfolgert werden, dass ihm auch die Befugnis zur Änderung derselben zusteht.

10. Zwar ist eine Haftungsbegrenzung auf das Vermögen der Anstalt nicht vorgesehen, doch ergeben sich hieraus keine substantiellen Nachteile. Denn auch bei kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform kann sich eine unbeschränkte finanzielle Einstandspflicht ergeben.

11. Eine unmittelbare Beteiligung Privater an der kommunalen Anstalt ist gesetzlich nicht vorgesehen. Da bei dem Erwerb von Anteilen am Stammkapital nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Privaten einen zumindest faktischen Einfluss auf die Unternehmensführung gewinnen, kann diese Beteiligung nur dann für zulässig erachtet werden, wenn sie dem Gesetzesvorbehalt genügt.

12. Eine atypische stille Gesellschaft zwischen der Anstalt und einem Privaten ist wegen dessen Steuermöglichkeiten (insbesondere Stimm- und Vetorechte) unzulässig, sofern nicht gesetzlich vorgesehen. Hingegen ist eine typische stille Beteiligung zulässig, da sich die

Rechte des privaten Gesellschafters auf seine Rechte auf eine Gewinnberechtigung und auf Kontrollen i.S.d. § 233 HGB beschränken.

13. Für die Beleihung Privater mit der Anstaltsträgerschaft ist erforderlich, dass hierfür eine gesetzliche Grundlage besteht, in deren Rahmen auch die Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben im Allgemeininteresse sowie die Aufsicht über die Tätigkeit des Beliehenen sichergestellt sind.

14. Die Anstalt verfügt über vielfältige Finanzierungsmöglichkeiten, welche einen Nachteil gegenüber Kapitalgesellschaften substantiell nicht erkennen lassen.

15. Die Ergreifung notwendiger öffentlich-rechtlicher Maßnahmen kann bei Untätigkeit der Anstalt oder bei Zuwiderhandeln gegebenenfalls durch Einschreiten der Kommunalaufsicht im Wege der Ersatzvornahme sichergestellt werden. Dies betrifft auch Fälle des Erlasses von Satzungen, die der Anstalt obliegen.

16. Unmittelbare Informationsrechte der Gemeinde oder Berichtspflichten der Anstalt sind zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, können aber über einen allgemeinen Informationsanspruch hergeleitet werden.

17. Eigen- und Regiebetriebe können im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in Anstalten umgewandelt werden. Diese Form der Umwandlung entspricht einer Ausgliederung.

18. Bei der Umwandlung von Regie- und Eigenbetrieben findet § 613a BGB qua § 324 UmwG Anwendung.

19. Vergaberechtsfrei ist über das Dogma des Inhouse-Privilegs die Vergabe von Aufträgen an eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Bei Beteiligungen Privater über eine stille Gesellschaft ist dies jedoch nur dann der Fall, wenn es sich um eine typische handelt.

20. In einigen Bundesländern ist die Möglichkeit der Umwandlung von Zweckverbänden mittels Formwechsels in gemeine kommunale Anstalten nicht vorgesehen, verbietet sich damit dort. Dies sollte durch eine entsprechende Reform des Kommunalrechts geändert werden, da sonst der Umweg über die Neuerrichtung eines GKU gegangen werden müsste.

## Anhang

### Protokoll über das Gespräch mit dem Vorstand der Entsorgungswirtschaft des Landkreises Harz AöR (enwi) Herrn Michael Dietze zur Führung des Unternehmens in der Organisationsform der Anstalt des öffentlichen Rechts vom 14.10.2014 in Halberstadt

*1. Bitte berichten Sie in kurzer Form etwas über die Unternehmensgeschichte der enwi.*

Herr Dietze: „Die Rechtsform von heute geht auf Präferenzen und Entscheidungen des Vorstandes zurück. Die Landräte waren dieser gegenüber anfangs skeptisch eingestellt. Das Unternehmen ist 1991 geboren.

Bei der Abfallentsorgung handelte es sich um eine Selbstverwaltungsaufgabe der Landkreise. Ursprünglich war diese Aufgabe hauptsächlich auf Private übertragen worden, da diese über Sachverstand im Bereich der Wirtschaft verfügten.

Später kam die Überlegung auf, die Abfallentsorgung übergreifend zu erledigen, denn die eigenen Deponien der Landkreise waren begrenzt. Fortan suche man nach neuen Deponien.

Hierfür wurden Berater aus den alten Bundesländern herangezogen, die feststellten, dass die Müllentsorgung allein nicht machbar sei und die zu erhebenden Gebühren explodieren würden. Vorgeschlagen wurde daher eine Zentralisierung in Form der Zusammenarbeit der Landkreise Wernigerode, Quedlinburg und Halberstadt. Damit war die Idee einer Zweckverbandsgründung geboren, wobei dieser Zweckverband die kommunale Aufgabe der Abfallentsorgung übernehmen sollte.

Im Jahre 1994 entstand dann der Abfallentsorgungsverband Nordharz. Es sollten nicht nur einzelne Aufgaben (wie etwa Planungsaufgaben), sondern möglichst alle auf den Zweckverband übertragen werden. Die Landkreise gaben hierbei freiwillig ihre Kompetenzen bei der Abfallentsorgung auf.

Die Verwaltung des Zweckverbandes teilte sich auf verschiedene Orte auf, war mithin dezentralisiert. Dies bedingte längere Entscheidungsprozesse. Man erkannte daher die Notwendigkeit einer zentralen Steuerung zur Verkürzung der Entscheidungswege. Sodann begab man sich auf die Suche nach 'einem' Sitz. In der Folge wurde ein zentrales Objekt in Halberstadt Ende 1996 angemietet.



Insgesamt erwies sich der Zweckverband als vorteilhafter gegenüber der Eingliederung in der Kernverwaltung:

Die Gebührenniveaus der Landkreise waren nämlich recht unterschiedlich. Das heutige Gebührenniveau ist – gemessen auch an der Vergrößerung des Leistungsspektrums – fast nicht gestiegen. Dies wäre wahrscheinlich anders gewesen, wenn es nicht bei der öffentlich-rechtlichen Rechtsform überhaupt geblieben wäre. Es ist insgesamt eine maximale Gebührenerhöhung um 20 % (im Vergleich zu den Gebühren der einzelnen Kreise) innerhalb von 24 Jahren festzustellen.

Im Zweckverband verliefen im Allgemeinen die Abstimmungen besser, er arbeitete eigenverantwortlich, die Hierarchien waren trotz mehrerer Bereiche und Abteilungen flach und die Verwaltung schlank. Ferner arbeitete der Zweckverband dienstleistungsgerecht, kostengünstig, bürgernah und Abstimmungen mit den Kommunen waren kaum vonnöten. Darüber hinaus verfügte er über eine fortschrittliche Kostenrechnung. Diese andere Form der Kostenrechnung war den Kommunen bis dato nicht bekannt.

Die Mitarbeiter verfügten über einen relativ großen Entscheidungsspielraum, was ihre Motivation beflügelte.

Die Zahl der ehemaligen Kreistagsmitarbeiter war gering. Vielmehr stammten die Zweckverbandsmitarbeiter aus anderen Fachbereichen und wurden für die Zwecke des Zweckverbandes umgeschult. Daraus resultierte ebenfalls eine Motivationssteigerung und das Engagement für das Unternehmen.

Im Jahre 2001 war bereits eine Kreisgebietsreform angedacht. Der Gedanke wurde aber zunächst verworfen. Dennoch wurden zu diesem Zeitpunkt bereits Gutachten über die möglichen Rechtsformen angefordert und die Anstalt des öffentlichen Rechts ventiliert.

2005 kam es schließlich zur Kreisgebietsreform, in welcher drei Landkreise (Wernigerode, Halberstadt, Quedlinburg) zu einem zu verschmelzen waren.

Es wurde eine Lenkungsgruppe bestehend aus verschiedenen Mitgliedern (Landräten, Fraktionsmitgliedern usw.) eingesetzt, die sich mit der Frage beschäftigte, in welcher Form die Abfallentsorgung künftig erledigt werden sollte.

Juristisch gesehen kann in einem Falle wie dem damals vorliegenden ein Zweckverband grundsätzlich weiterbestehen. Im konkreten Fall sah die Verbandssatzung jedoch die Auflösung des Zweckverbandes bei Schrumpfung auf ein Mitglied vor. Diese wurde deshalb dann tatsächlich auch beschlossen.

Als eine mögliche neue Rechtsform wurde zunächst die GmbH in den Blick genommen, da einer der zu verschmelzenden Landkreise bereits Erfahrung mit dieser Unternehmensform gesammelt hatte.

Hier befürchtete man jedoch Interessenkollisionen.

Unattraktiv machte die GmbH-Form auch, dass Gebührensatzungen, Verwaltungsakte und ihre zwangsweise Durchsetzung ohne Weiteres nicht möglich gewesen wären. Hinzu kam, dass die GmbH mit der Aufgabe der Abfallentsorgung nach dem Abfallentsorgungsgesetz als Erfüllungsgehilfe betraut hätte werden müssen. Nach dem Abfallgesetz hätte die Aufgabe der Entsorgung nie vollständig auf eine private Gesellschaft übergehen können. Rumpfaufgaben wären beim Landkreis geblieben, man wollte aber eine vollständige Ausgliederung der Aufgabe aus der Kernverwaltung.

Dementsprechend schied auch der Rückgriff auf das Amt aus, da das Ausscheiden des Unternehmens aus der Kernverwaltung, also Selbständigkeit, das Ziel war.

Für den Eigenbetrieb sprach man sich zunächst aus, da dieser näher am Landkreis gewesen wäre, sodass der Landrat weiter das 'Sagen' gehabt hätte. Zudem hätte die enwi in dieser Form erheblich Rückstellungen bilden und diese Rückstellungen auch für andere Zwecke verwenden können als für den Zweck, aus dessen Erledigung sie gewonnen werden konnten. Das bot einen finanziellen Reiz aus Sicht der Kommunalpolitiker. Daher war eine Mehrheit für die Rechtsform eines Eigenbetriebs. Zudem sahen die damaligen Gesetze einen grundsätzlichen Vorrang der Eigenbetriebsform vor.

Jedoch wurde auch der Vorschlag 'Anstalt des öffentlichen Rechts' unterbreitet.

Hintergrund hierfür war das Gutachten aus dem Jahr 2001, wo diese Organisationsform erstmals erwähnt wurde. Als Vorteil wurde zuerst identifiziert, dass sich die Anstalt vollständig unter die Aufgabe der Daseinsvorsorge unterordnen lasse, was bei einer Einordnung in die Landkreisstruktur wie bei einem Eigenbetrieb nicht gewährleistet wäre, denn dort wird das Unternehmen von kommunalpolitischen Interessen gesteuert.

Hervorgehoben wurden auch Leistungs- und Bürgernähe.

Ich habe sodann die SPD-, Die Linke-, Teile der CDU- und der FDP-Fraktionen von der Anstalt überzeugen können, insbesondere davon dass mit der AöR der status quo des damaligen Zweckverbandes aufrechterhalten werden könne und die Überführung in einen Eigenbetrieb

einen Rückschritt bedeuten würde, denn die Selbständigkeit ist bei einer Anstalt umfassender gewährleistet. Außerdem sollte erreicht werden, die ursprüngliche Zweckverbandssatzung möglichst weitestgehend und unverändert zu übernehmen, vor allem was die in der Satzung vorgesehenen Kompetenzen betraf.

Problematisch war jedoch, dass in den Rechtsgrundlagen zur AöR ein Ausschluss der Öffentlichkeit bzw. die Öffentlichkeit der Sitzungen des Verwaltungsrats nicht geregelt war. Deshalb wurde schließlich die Öffentlichkeit der Sitzungen explizit in die Unternehmenssatzung der Anstalt aufgenommen.

Im Nachgang wurde jedoch auch die Wirtschaftlichkeitsanalyse, die einen Vergleich zum Eigenbetrieb herstellte, sich aber auch für die Anstaltsform aussprach, von Gemeindepolitikern kritisiert.“

## *2. Was können Sie zusammenfassend zur steuerlichen Behandlung der Anstalt sagen?*

Herr Dietze: „In die Gebührenkalkulation der AöR wird freilich die Mehrwertsteuer einbezogen. Bei der GmbH wäre das irgendwie schwieriger gewesen. Die Gewerbesteuer fällt nur bedingt an. Es muss insofern zwischen öffentlich-rechtlichen Aufgaben, die von der Anstalt wahrgenommen werden, und sonstigen Aufgaben im dualen System der Abfallentsorgung unterschieden werden.

Dieses duale System bedingt ein Zusammenspiel: Bei den ‚sonstigen‘ Aufgaben fällt die Kostenerstattung in den Bereich der Betriebe gewerblicher Art, d.h. diese sind steuerpflichtig.“

## *3. Wie erfolgt die Behandlung des Kostenrechts in der Anstalt?*

Herr Dietze: „Die Anstalt arbeitet kostendeckend. 1994 musste noch eine Verbandsumlage erhoben werden. Ab 1996 schon wurde das Unternehmen (fast) ausschließlich durch Einnahmen finanziert. Es kam zwar einmal zu einer Förderung in Höhe von 200.000 €, in Form von Sanierungsfördermitteln, ansonsten wurden und werden jedoch Aufwendungen durch Gebühren gedeckt.

Zudem existiert ein Anstalts- und Benutzungszwang. Es bestehen einheitliche Kostensätze.“

#### *4. Übernimmt die Anstalt sonstige Aufgaben?*

Herr Dietze: „Angedacht war ursprünglich auch die Übernahme der Aufgabe der Musikschi-  
lung. Hier hätten Synergieeffekte erzielt werden können: Die Verwaltung und Buchhaltung  
der bereits errichteten Anstalt hätten genutzt werden können. Dahingehend hätte die AöR nur  
umbenannt und die Unternehmenssatzung geändert werden müssen. Bisher ist es dazu aber  
nicht gekommen.“

#### *4. Existieren Tendenzen zur Errichtung einer gemeinsamen kommunalen Anstalt?*

Herr Dietze: „Bisher gibt es keine Anfragen für ein GKU. Wegen der Angrenzungen an Nieder-  
sachsen und Thüringen gestaltet sich dies auch als schwierig.“

Ansonsten sind die Abfallentsorgungsunternehmen ‚froh‘, die Entsorgung selbst erstmal be-  
wältigt zu bekommen. Zudem wäre der politische Widerstand zur Zeit wohl zu groß.

Ursprünglich, im Jahre 1994, gab es vier Abfallentsorgungszweckverbandsgründungsversu-  
che. Einer gelangte wohl wegen Formmangels nicht wirksam zur Entstehung. Ein gegründeter  
Verband wurde aus sonstigen Gründen später aufgelöst. Ansonsten existierte noch die  
AWSAS.

Ein GKU könnte aber durchaus ökonomisch sein. Eine Prognose über Qualitätssteigerungen  
kann aber nicht sicher angestellt werden. Ein Gelingen einer solchen Unternehmung ist der-  
zeit fraglich, da die Abfallentsorgungsunternehmen in den verschiedenen Landkreisen eine  
sehr unterschiedliche Organisationsstruktur aufweisen, weshalb eine Überführung wohl  
schwierig wäre. Ich denke, dass das Einzugsgebiet möglicherweise zu groß wäre.“

#### *5. Welche Probleme bzw. Schwierigkeiten bestehen Ihrer Meinung nach bei der Führung des Unternehmens in Anstaltsform?*

Herr Dietze: „Unklarheiten und ‚Problemchen‘ haben sich zum Teil erst im Laufe der Zeit eingestellt oder herauskristallisiert: So schenkt der Verwaltungsrat dem Vorstand – vielleicht – zu viel Vertrauen. Was dieser tut, wird vorbehaltlos bzw. prüfungs- und beanstandungslos abgesegnet. Meines Erachtens leidet dadurch die Effektivität der Kontrolle des Vorstandes. Es fragt sich: Was kommt nach dem Vorstand?

Die fehlende Kontrolle ist aber nicht anstaltsspezifisch, sondern beruht wohl mehr auf dem ‚Desinteresse‘ der Kreistagsmitglieder im Verwaltungsrat. Diese wollen sich nicht auch noch damit beschäftigen müssen. Besser wären dennoch klarere Strukturen, sodass eine Kontrolle einfacher möglich wäre.“

#### *6. Sind von Seiten der Kommunalaufsicht bisher Weisungen erteilt worden?*

Herr Dietze: „Weisungen wurden in praxi noch nicht erteilt. Die Unternehmenssatzung ist vom Kreistag unproblematisch beschlossen worden.“

#### *7. Gab es sonstige Bedenken bei der Umwandlung?*

Herr Dietze: „Früher noch war für die Umwandlung eines Zweckverbandes in die AöR notwendig, dass für eine juristische Sekunde das Vermögen des Verbandes auf den Landkreis übertragen wird, damit dieser es dann seinerseits auf die AöR übertragen kann. Heute ist das einfacher machbar. Eine Überleitungsvereinbarung ist zu gestalten.

Zu bedenken ist ferner, dass der Zweckverband vielfach mit Privaten zusammengearbeitet hat. In gleich gelagerten Fallgestaltungen können sich hieraus möglicherweise Schwierigkeiten ergeben.“

#### *8. Wie ist die Aufsicht über die Anstalt ausgestaltet und wie ist diese bisher in der Praxis in Erscheinung getreten?*

Herr Dietze: „Es existiert eine Fachaufsicht. Die obere Abfallbehörde. Bei dieser sind Satzungen einzureichen. Sie verfügt über ein Beanstandungsrecht. Zwar gibt es in diesem Bereich bisweilen Auseinandersetzungen, doch erledigen sich diese im Laufe der Zeit.

Daneben besteht freilich eine Rechtsaufsicht, welche aktuell wird, wenn der Wirtschaftsplan und Jahresabschluss eingereicht werden. Diese sollen kongruent sein, was aber manchmal von der Rechtsaufsicht nicht verstanden oder nachvollzogen wird. Dann kommt es zu Rückfragen. In der Regel ist aber nur eine Anzeige erforderlich. Genehmigungserfordernissen mussten bisher nicht beachtet werden.“

#### *9. Wie erscheint Ihnen die Zusammenarbeit mit dem Landkreis?*

Herr Dietze: „Es ist ein auskömmliches Miteinander. Die ‚Anstalt‘ ist sich bewusst, dass der Unternehmensträger der Landkreis ist. Das gerät trotz der Selbständigkeit der AöR nicht in Vergessenheit. Es kommt nicht zu einem Hinwegsetzen über die Ansichten und Interessen des Landkreises.“

#### *10. Welche Nachteile weist die Anstaltsform auf?*

Herr Dietze: „Die Anstalt wird bei Rechtsetzungen oder Runderlassen oft vergessen. Dies lässt sich etwa am Beispiel des Landesvergabegesetzes verdeutlichen. Dieses Gesetz wird von dem Gedanken getragen, das Vergaberecht und die Ausschreibungspflichten für kommunale Organisationen auch dann verpflichtend zu machen, wenn die EU-Schwellenwerte nicht erreicht werden. Bisher wurde aber die kommunale Anstalt von diesem Gesetz nicht erfasst, so dass sich hier für die AöR ein Spielraum bot, der eigentlich nicht angedacht war.

Meines Erachtens ist die geringe Regelungsdichte oft nur mit Analogieschlüssen und erheblichem Auslegungsaufwand lösbar. Man muss sich die Lösungen aus verschiedenen Rechtsgrundlagen zusammensuchen, d.h. aus den Anstaltsgesetzen und den Gemeindeordnungen. Wünschenswert wäre daher ein kompakteres, alles zusammenfassendes Regelungswerk, welches nicht zu viele Verweisungen auf andere Rechtsvorschriften enthält. Möglicherweise sollten dabei eine bessere Strukturierung, die Notwendigkeiten, Erfordernisse und Anforderungen

an die Rechtsform und die wirtschaftliche Betätigung überhaupt überdacht werden, sodass eben Analogien entbehrlich werden.

Darüber hinaus könnte als problematisch angesehen werden, dass der Verwaltungsrat aus Kreistagsmitgliedern besteht. Das kann zu Gleichförmigkeit, Desinteresse und wenig Kreativität, im Sinne von Routine, führen.“

#### *11. Welche Vorteile bietet demgegenüber die Anstalt?*

Herr Dietze: „Gerade im Fall der enwi stellt sich die AöR verglichen mit dem Zweckverband als wirkungsgleich dar.

Anstalten sind für Landkreise eigentlich immer machbar. Eine GmbH ist hingegen nur zu wählen, wo an tarifvertraglichen Regelungen vorbei gewirtschaftet werden soll und wo das Unternehmen verstärkt in Wettbewerb zu anderen Unternehmen treten soll. In der Praxis wird die GmbH-Form vor allem gewählt, wenn noch größere Freiheitsgrade benötigt werden - etwa bei Krankenhäusern.

Die Rechtsform der Anstalt bietet Eigenständigkeit, Flexibilität und die Möglichkeit, dass sich die Führungsebene aus dem kommunalen Tagesgeschehen zurückzieht.“

#### *12. Wie sieht die Personalwirtschaft in der Anstalt aus?*

Herr Dietze: „Es gelten die Tarifverträge und das sonstige öffentliche Dienstrecht.

Außerdem existiert ein kommunaler Arbeitgeberverband, welcher eng kommunal angebunden ist.

Im Laufe der Unternehmensgeschichte kam es auch schon zum Personalabbau. Dieser fand aber zu der Zeit der Zweckverbandsgründung statt. Er war dem Wegfall von Entsorgungsanlagen aufgrund der Zusammenlegung geschuldet. Dennoch gab es Kompensationsbemühungen zur Überführung des Personals.“

*13. Denken Sie, der Eigenbetrieb stellt eine echte Alternative zur Anstaltsform dar?*

Herr Dietze: „Aus meiner Sicht besteht kein Zwang und keine Notwendigkeit, beim Eigenbetrieb zu bleiben. Denn bei der Anstalt ist die Führungsebene auf kommunaler Seite immer involviert.“

*Vielen Dank für das Gespräch.*



## **Ehrenwörtliche Erklärung**

Hiermit erkläre ich ehrenwörtlich,

- dass mir die geltende Promotionsordnung der Fakultät bekannt ist;
- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt meiner vorgelegten Dissertation stehen;
- dass ich die Dissertation noch nicht als Prüfungsarbeit für eine staatliche oder andere wissenschaftliche Prüfung eingereicht habe;
- dass ich weder die gleiche, eine in wesentlichen Teilen ähnliche oder eine andere Abhandlung bei einer anderen Hochschule als Dissertation eingereicht habe

Desweiteren erkläre ich mich damit einverstanden, dass die elektronische Version der Dissertation einer Überprüfung der Einhaltung der Grundsätze zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis unterzogen wird.

*Erfurt, 26.10.2017*